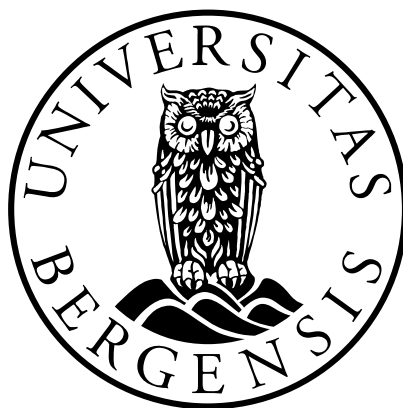


JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet
UNIVERSITETET I BERGEN

Kan holdingselskap være ”reelt
etablert og drive reell økonomisk
aktivitet” jf. skatteloven § 10-64 b?



Kandidatnummer:186672

Veileder: Snorre Farstad

Antall ord: 14 063

[03.06.2013]

Innholdsfortegnelse

1	Innledning:	4
1.1	Problemstilling og aktualitet:.....	4
1.2	Hvorfor etableres det holdingselskap i lavskatteland?	5
1.3	Oppgavens oppbygging	6
1.4	Veien videre:.....	7
2	Betydningen av EU-retten ved anvendelsen av skatteloven § 10-64	8
2.1	EØS-avtalen.....	8
2.2	Etableringsretten – forbud mot restriksjoner	9
2.3	NOKUS- reglene utgjør en restriksjon på etableringsretten.....	9
2.4	Læren om EU-rettslige tvingende allmenne hensyn.....	11
2.4.1	Kan beskyttelse av skattefundamentet anses som et tvingende hensyn?	11
2.4.2	Kan hensynet om å bekjempe skatteomgåelse være et tvingende hensyn?.....	13
2.5	Er NOKUS- reglene egnet til å bekjempe skatteomgåelse?	13
2.6	Er NOKUS- reglene proporsjonale?	14
3	Oppfyller Holdingselskap X realitetsvilkåret i sktl. 10-64 b?.....	15
3.1	Tolkning av norske rettskilder	15
3.2	Lovens ordlyd	15
3.3	Forarbeidene til sktl. § 10-64 b.....	16
3.4	Etterfølgende uttalelser fra Finansdepartementet	18
3.5	Foreligger det her et skatteomgåelsesmotiv?.....	19
3.5.1	Betydningen av at Holdingselskap X er organisert som et norsk holdingselskap..	21
3.6	Praksis fra sentralskattekontoret for storbedrifter	21
3.6.1	Kan forvaltningsselskapet oppfylle de objektive kriteriene på vegne av Holdingselskap X?	23
3.7	Oppsummering	24
4	EU/EØS retten	25
4.1	Tolkning av EU-retten	25
4.2	Cadbury Schweppes	25
4.3	Hvordan avdekkes en kunstig selskapsetablering?.....	26
4.4	Utøver Holdingselskap X økonomisk virksomhet i vertsstaten?.....	28
4.5	Har Holdingselskap X et fast driftsted?.....	30

4.6	Arbeid fra EU- kommisjonen og Europarådet vedrørende kunstig arrangement doktrinen.....	31
4.7	Eksempler på rent kunstige arrangementer i EU-retten.....	33
4.7.1	Postkasseselskap og skjermsselskap	34
4.7.2	Er Holdingselskap X et postkasseselskap?.....	35
4.8	Oppsummering	36
5	Konklusjon	38
5.1	Det foreligger motstrid mellom rettskildefaktorer.....	38
5.2	Kommer det ulovfestede presumsjonsprinsippet til anvendelse?	38
5.3	Holdingselskap X er “reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b.	40
6	Konsekvenser:	41
6.1	Konklusjonens betydning	41
6.2	Forholdet mellom NOKUS- reglene og fritaksmetoden i sktl. § 2-38	41
6.3	Kan kravet om at det skal foreligge objektive kriterier medføre omgåelsesmuligheter?	41
6.4	Betydningen av at det foreligger avtale om informasjonsutveksling med vertsstaten	42
7	Skjer det en utvikling i EU-retten som har betydning for CFC- reglene?.....	44
7.1	EU i økonomisk krise	44
7.2	EU kommisjonens meddelelse fra desember 2007	44
7.3	Innskrenking av kunstig arrangement doktrinen?	45
7.4	Fremtidsutsiktene for realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b.....	47
8	Litteraturliste	49

1 Innledning:

1.1 Problemstilling og aktualitet:

Problemstillingen er om et norsk kontrollert holdingselskap kan anses som ”reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet” jf. skatteloven. § 10-64 b.¹ Dette vilkåret vil i det videre benevnes som realitetsvilkåret. Sktl. § 10-64 b regulerer skattelegging av norsk kontrollerte utenlandske selskaper (NOKUS) hjemmehørende i lavskatteland. Hvis holdingselskap kan oppfylle realitetsvilkåret vil NOKUS- beskatning ikke være aktuelt.

Utgangspunktet i norsk rett er at et utenlandsk selskap med begrenset ansvar regnes som et eget skattesubjekt.² Selskapsinntekten skal derfor beskattes i den staten selskapet har blitt etablert (vertsstaten). Norske aksjonærer kan kun bli ilagt norsk skatt ved utbetaling av utbytte.

NOKUS- reglene i sktl. §§ 10-60 -10-68 ble inntatt i skatteloven ved skattereformen i 1992 og er et unntak fra dette klare utgangspunkt. Reglene medfører at norsk kontrollerte utenlandske selskap i lavskatteland likevel kan bli skattlagt av norske skattemyndigheter. Er vilkårene for NOKUS- beskatning oppfylt vil deltakerne i selskapet bli beskattet løpende på grunnlag av deres eierandel i det utenlandske selskapet, uavhengig av om det faktisk skjer en utdeling eller realisasjon av aksjer fra selskapet.

Sktl. § 10-64 b medfører igjen en begrensning i adgangen til NOKUS- beskatning. Bestemmelsen gir uttrykk for at skattelegging etter NOKUS- reglene jf. sktl § § 10-61 – 10-68 ikke kan gjennomføres når selskapet er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”.

Vilkåret ble tatt inn i norsk lov ved endringslov 14 des. 2007 nr. 107. Bakgrunnen for innføringen var sak C-196/04 *Cadbury Schweppes*³ fra EU- domstolen.

Hovedpoenget i Cadbury Schweppes avgjørelsen var at de britiske controlled foreign company (CFC) reglene utgjorde en restriksjon på etableringsretten jf. EU- traktaten artikkel

¹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven). Videre i oppgaven vil henvisning til skatteloven gjøres gjennom forkortelsen sktl.

² Rt.1919. s 92

³ C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, Sml I. 2006 s. I-07995

43.⁴ CFC- reglene tilsvarende de norske NOKUS- reglene i stor grad.⁵ Restriksjonen kunne forsvares hvis reglene kun rammet ”wholly artificial arrangement”. I den danske oversettelsen er ordlyden ”rent kunstige arrangement” benyttet. Denne konklusjonen har i teorien blitt omtalt som kunstig arrangement doktrinen.

Cadbury Schweppes gjorde det dermed klart at kun rent kunstige arrangementer kunne være gjenstand for CFC- beskatning i Storbritannia. Dette tilsier ved første øyekast at selskaper uten noen form for substans eller kommersiell virksomhet skal rammes av CFC- regler.

Konklusjonen fra Cadbury Schweppes medførte at mange medlemsstater i EU måtte endre sine CFC- regler for å forhindre motstrid med sine EU-forpliktelser. Lovendringene hos flere land har til dels vært mislykket og medført usikkerhet hos skattyterne.⁶ Spesielt har det vært stor usikkerhet rundt investeringsselskap (holdingselskap) og om de i det hele tatt kan anses som reelle etableringer.

I norsk rett har vilkåret ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b vært gjenstand for diskusjon i teorien og det har vært knyttet usikkerhet til anvendelsen av vilkåret. Spesielt foreligger det uklarheter vedrørende selskaper med liten eller ingen fysisk tilstedeværelse i vertsstaten.⁷ Et holdingselskap er et eksempel på en slik etablering. Holdingselskap har ofte ingen ansatte, ingen lokaler og inntektene relaterer seg ofte til aksjeutbytte, som er inntekt av passiv karakter.

Oppgaven vil derfor gjennomgå det rettskildematerialet som fins på området for å avgjøre om holdingselskap kan oppfylle realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b. Oppgaven vil klargjøre et spørsmål som har vært usikkert i lang tid. Konklusjonen på problemstillingen kan sikre forutberegneligheten for skattytere som ønsker å etablere holdingselskap i lavskatteland.⁸

1.2 Hvorfor etableres det holdingselskap i lavskatteland?

⁴ Etableringsretten gir regler om fri bevegelighet for selvstendige næringsdrivende og juridiske personer som skal utøve økonomisk virksomhet på stabil og vedvarende måte i en annen medlemsstat i EU jf. Sejersted m. flere, EØS rett 2. utgave side 378.

⁵ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) kapittel 14 pkt 14.4.4

⁶ F.eks: Thomas Rønfeldt, Action Against Capital Funds the Danish Rules on CFC Taxation and Thin Capitalization are Inadequate, Intertax, volume 37 issue 1. Forfatteren konkluderer med at de danske CFC reglene ikke er forenlige med EU-retten.

⁷ Fredrik Zimmer, Bedrift, selskap og skatt, 5.utgave s. 419

⁸ Lauritzen, Suzanne Jourdan, Substance requirement in anti-tax-avoidance legislation – The end of tax planning with holding companies? Recht/Steuern nr. 3/2009

Å etablere holdingselskaper i et lavskatteland kan være et godt virkemiddel for aktører som ønsker å minske skatteutgiftene. Når selskapet ikke har behov for fysisk tilstedeværelse i lavskattelandet kan dette medføre at etableringen blir en meget lønnsom affære på grunn av besparelse av skatteutgifter.⁹

Fritaksmetoden jf. sktl. § 2-38 medfører at utbytte eller andre inntekter fra aksjene holdingselskapet eier, ikke vil bli skattlagt før det deles ut gjennom utbytte til personlige aksjonærer. Å opprette holdingselskap har etter innføringen av fritaksmetoden gitt skattemessige fordeler.

Fritaksmetoden er innført i flere lavskatteland i ulike former. Et holdingselskap som er plassert i et lavskatteland i EU kan investere i selskap i et lavskatteland utenfor EU. Utbetaling av utbytte fra dette selskapet til et holdingselskap i lavskattelandet innenfor EU kan bli omfattet av fritaksmetoden. Inntekten blir dermed ikke skattlagt i det landet verdiskapningen har skjedd eller i det landet utbytte blir betalt til. Hvis dette holdingselskapet videreutdeler utbytte til et norsk aksjeselskap som omfattes av fritaksmetoden, medfører det at inntekten fra investeringen i lavskattelandet utenfor EU i realiteten ikke blir skattlagt overhodet på grunn av fritaksmetoden.¹⁰

Ved bruk av holdingselskaper kan man dermed reinvestere selskapets inntekt uten å måtte belastes med skatt først. Holdingselskaper i lavskatteland er også et virkemiddel for norske aksjonærer til å oppsamle en formue som ikke blir gjenstand for norsk beskatning.¹¹

Bruk av holdingselskaper i konsern kan medføre at man flytter verdiene i datterselskapet til holdingselskapet som da opptrer som et moderselskap. Ved en eventuell konkurs i konsernet kan disse verdiene være vernet i forhold til konsernets kreditorer.¹²

Det å etablere holdingselskap i lavskatteland kan dermed gi flere skattefordeler.

1.3 Oppgavens oppbygging

Å vurdere om holdingselskap kan oppfylle realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b er vanskelig hvis selskapsstrukturen til holdingselskapet ikke er spesifisert. Drøftelsen vil derfor ta utgangspunkt i et fiktivt eksempel:

⁹ St. Meld. 11 (2010-2011) punkt 9.8.2

¹⁰ St. Meld. 11 (2010-2011) punkt 9.8.2

¹¹ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2

¹² Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side. 35

Holdingselskap X er et rent holdingselskap og har sitt vedtektsbestemte kontor i et lavskatteland. Selskapet har en avtale med et forvaltningsselskap som forestår all administrasjon, tar imot og videreformidler henvendelser til selskapet. Selskapet har ingen ansatte og har ingen egne lokaler. Motivet bak etableringen i lavskattelandet har vært å spare skattutgifter.

Holdingselskap X er et rent holdingselskap. Dette betyr at selskapet har kun en funksjon, og det er å eie aksjer i andre aksjeselskap. Aksjeporteføljen til holdingselskap X endres gjennom jevnlig kjøp og salg av aksjer.

Et holdingselskap som har besparelse av skatt for øyet kan være etablert i et lavskatteland med en slik struktur som eksemplet beskriver.

1.4 Veien videre:

I det følgende vil det først bli forklart hvilken innvirkning EU-retten har vedrørende sktl. § 10-64 b. Dette kapittelet vil gi svar på hvorfor realitetsvilkåret ble innført i 2007. Videre drøftes om Holdingselskap X kan oppfylle realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b. Drøftelsen vil vise til forarbeider, uttalelser fra Finansdepartementet og ligningspraksis. I kap. 4 drøftes Holdingselskap X opp mot EU-retten. Det vil bli tatt utgangspunkt i Cadbury Schweppes dommen, men det vil også bli vist til arbeid fra EU-kommisjonen og Europarådet som kan ha betydning for drøftelsen. Holdingselskap X vil også bli vurdert opp mot selskapsetableringer EU- retten har gitt som eksempler på kunstige arrangementer. Drøftelsene i kap 3. og 4 vil vise om det foreligger en motstrid mellom rettskildene i norsk intern rett og EU- retten. Konklusjonen på problemstillingen fremgår av kap. 5. I Kap 6 vil det bli redegjort for hvilke konsekvenser konklusjonen medfører. I kap. 7 vil det bli fokusert på EU- kommisjonens arbeid som kan medføre en endring av kunstig arrangement doktrinen. Tilslutt vil jeg se på fremtidsutsiktene for realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b.

2 Betydningen av EU-retten ved anvendelsen av skatteloven § 10-64

2.1 EØS-avtalen

Når EØS- avtalen¹³ ble inngått i 1994 var hovedformålet at EØS- landene skulle kunne ta del i det indre frie markedet i EU. Et fritt marked sikres gjennom de fire frihetene som medfører at det foreligger fritt vareutbytte og fri bevegelighet for personer, tjenester og kapital i EU. Prinsippet om etableringsretten i artikkel 31 og 34 står sentralt i avtalen. Denne retten gir muligheter for EU-statsborgere til å etablere sin virksomhet i en hvilken som helst medlemsstat.¹⁴ Dette sikrer at norske statsborgere får de samme konkurransemulighetene som andre EU-statsborgere i det indre markedet.

Utgangspunktet var at EØS- avtalen ikke skulle legge bånd på norsk skatt og avgiftslovgivning.¹⁵ EØS- retten er imidlertid gjenstand for en dynamisk rettsutvikling. Dette på bakgrunn av at EFTA- domstolen og EU- domstolens avgjørelser har innvirkning på EØS- avtalen. Det fremgår av EØS- avtalen artikkel. 6 at bestemmelsene i EØS-avtalen på visse vilkår skal fortolkes i samsvar med EU-domstolens avgjørelser.¹⁶

Det foreligger et restriksjons og diskrimineringsforbud i EØS- avtalen. Med dette menes at norsk lovgiver gjennom nasjonal lovgivning ikke kan ha regler som medfører situasjoner som kan hindre, avholde, eller avskrekke rettighetssubjektene fra å benytte seg av de fire friheter.¹⁷ Foreligger en slik restriksjon på skatterettens område vil dette være brudd på EØS- avtalen som må rettes opp ved å foreta endringer i skattelovgivningen.

På grunn av EØS- avtalen etterstreber dermed lovgiver en skattelovgivning som ikke er i strid med våre EØS- rettslige forpliktelser.¹⁸ I vårt tilfelle kommer dette klart frem siden lovgiver uttrykkelig har laget et unntak i NOKUS- reglene etter en doktrine som ble utarbeidet i Cadbury Schweppes avgjørelsen fra EU- domstolen.

¹³ Lov 27. november 1992 nr. 14 EØS-loven

¹⁴ Sejersted m. flere, EØS rett 2. utgave side. 378.

¹⁵ St.prp. nr 100 (1991-92)

¹⁶ Bullen, Andreas, EU, EØS og skatt, 2005 side. 91

¹⁷ C-484/93, Peter Svensson, Lena Svensson v. Ministre du Logement, Sml. 1995 s. I-03955

¹⁸ Se Ot.prp. nr 1 (2007-2008) punkt 14.1.2

2.2 Etableringsretten – forbud mot restriksjoner

EØS-avtalen artikkel. 31 og art. 34 regulerer etableringsretten for fysiske og juridiske personer. Formålet med etableringsretten er å sikre at det indre markedet i EU blir gjort tilgjengelig for statsborgere i EØS-statene. Det kommer frem fra artikkel 34 ”I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium.” Artikkel 34 gir en tilsvarende rettighet for juridiske personer når de anses å være ”opprettet i samsvar med lovgivingen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat og har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon, eller sitt hovedforetak innen avtalepartens territorium”.

Fysiske og juridisk personer har etter artikkel 31 og 34 rett til å etablere en næringsvirksomhet i en annen medlemsstat. Begrepet ”etablering” har EU- domstolen tolket vidt. Skal det foreligge en etablering må det utøves en økonomisk aktivitet for det formål å oppnå en økonomisk fordel, og aktiviteten i vertsstaten må være ”stabil og vedvarende”.¹⁹

Artikkel 31 gjør det klart at det ikke skal foreligge noen ”restriksjoner” vedrørende etableringsfriheten.

EU domstolen har gitt uttrykk for en lav terskel ved vurderingen om det foreligger en restriksjon. Selv ulemper av begrenset utstrekning og betydning kan være utslagsgivende.²⁰ Ordlyden gir uttrykk for forbud mot restriksjoner. Dette er ikke det samme som diskriminering. Diskriminering er av EU- domstolen definert som ”forskjellsbehandling av sammenlignbare situasjoner” jf. *Wielockx* premiss. 17.²¹ Praksis har ikke klart å skille disse to begrepene fra hverandre, og ved en vurdering om det foreligger en restriksjon har det blitt lagt vekt på diskrimineringslementer. En restriksjon vil ofte være bygget på at det foreligger diskriminering.²²

2.3 NOKUS- reglene utgjør en restriksjon på etableringsretten

¹⁹ Cadbury Schweppes premiss 53 og 54 og Hovland, Øyvind. NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr. 4 side. 293

²⁰ Follestad, Birgitta Glad, Er NOKUS reglene kompatible med EØS avtalen? Skatterett 2006 nr. 1 s. 34, og C270/83- Commission v. France premiss 21

²¹ C-80/94, G. H. E. J. Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen, Sml. 1995 S. I-02493

²² Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side. 26

I Cadbury Schweppes dommen ble det gjort klart at de britiske CFC- reglene utgjorde en restriksjon på etableringsretten. NOKUS- reglene er ikke identiske med CFC- reglene, men i stor grad sammenfallende.²³

Det er klart at NOKUS- reglene medfører en restriksjon etter EU- retten sin definisjon. Hvis det foreligger grunnlag for NOKUS- beskatning av Holdingselskap X skal deltakerne skattlegges for ”sin forholdsmessige andel av selskapets (...) overskudd” jf sktl § 10-61, 1 punktum. Aksjonær i et norsk holdingselskap beskattes derimot ikke før utdeling av utbytte. NOKUS- skatten beregnes ut ifra aksjonærens andel i det utenlandske selskapet. Skattlegging skjer dermed ved en nettometode, hvor skatten må betales før deltaker faktisk har mottatt likvide midler fra selskapet. Dette for å hindre at norske aksjonærer oppsamler formue gjennom utenlandske selskap, og dermed slipper norsk beskatning på grunn av mangel på utbyttebetaling.²⁴ NOKUS- beskatning medfører dermed at aksjonærer i Holdingselskap X behandles skattemessig annerledes enn aksjonærer i norske holdingselskap.

NOKUS- beskatning kan medføre likviditetsproblemer for aksjonærene. Å bli ilagt NOKUS- skatt kan medføre at aksjonærene blir tvunget til å vedta utbetaling av utbytte på generalforsamlingen. Dette for å sikre at de har dekningssevne til å betale skatt på overskuddet til den andelen de eier. NOKUS- beskatning medfører også en negativ forskjellsbehandling for NOKUS- aksjonærer. Aksjonærer som faller innunder NOKUS- reglene må betale mer skatt enn norske aksjonærer som faller innunder fritaksmetoden. For aksjonærer som faller under fritaksmetoden beskattes utbytte med en sats på 3%. NOKUS- beskatning medfører en skattesats på 28%.²⁵

Holdingselskapet vil også bli underlagt en beskatning som er strengere enn andre tilsvarende selskap i den aktuelle vertstaten. NOKUS- selskap kan bli ilagt kildeskatt i etableringsstaten. I tillegg må aksjonærene betale skatt til Norge for sin forholdsmessige andel av selskapets resultat. Etter sktl. §16-20 kan man kreve fradrag for betalt kildeskatt slik at man unngår dobbeltbeskatning og at skattesatsen tilslutt blir 28%. Denne skattesatsen er imidlertid høyere enn hva andre selskap i vertsstaten blir ilagt.²⁶

Selv om det her foreligger en klar restriksjon kan den anses som legitim etter læren om EU- rettslige tvingende allmenne hensyn. Skal en restriksjon være legitim må den restriktive

²³ Ot.prp.nr 1 (2007-2008) punkt 14.1.2

²⁴ Ot.prp.nr 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2

²⁵ Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side 24

²⁶ Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side 32

regelen forfølge formål som er i samsvar med EU-rettslige tvingende allmenne hensyn.²⁷ Regelen må videre være egnet til å oppnå formålet til de relevante EU-rettslige hensyn. I tillegg kan ikke regelen gå lenger enn det som anses nødvendig for å oppnå det forfulgte formål.(proporsjonalitetsvurdering)²⁸

Realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b ble innført for å sikre at de norske NOKUS reglene var egnet, proporsjonale og forfulgte et EU-rettslig allment tvungent hensyn. Hva som ligger i disse kriteriene behandles i det følgende.

2.4 Læren om EU-rettslige tvingende allmenne hensyn

Læren om tvingende allmenne hensyn er et unntak fra EØS- avtalens hovedregel om at det ikke skal foreligge noen restriksjoner. Det kommer frem av *Manninen* premiss. 28 at det foreligger en høy terskel for at læren skal forsvare en restriktiv nasjonal lovhjemmel.²⁹

Det er EU- domstolen som vurderer hvilke hensyn som er tvingende, og det avgjøres konkret ut ifra hvilke hensyn som påberopes i en individuell sak. EU- domstolens tolkninger har her vært dynamiske.³⁰

NOKUS- reglene ble nødvendige etter at valutarestriksjonene ble opphevet på 80-tallet. Dette sammen med IKT- bølgen medførte store muligheter for å flytte kapitalmarkeder og investere i utlandet. De store mulighetene for å investere og drive selskaper i utlandet skader ikke bare kapitalmarkedet i Norge, men også skattefundamentet. Det var dermed helt nødvendig med skatteregler som sikret det nasjonale skattefundamentet mot denne økende globaliseringen, og som sørget for at skattefordelene ikke ble vesentlige selv om man etablerte selskap i utlandet.³¹

2.4.1 Kan beskyttelse av skattefundamentet anses som et tvingende hensyn?

²⁷ Hovland, Øyvind, NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr. 4 side. 279

²⁸ Craig, Paul and Gráinne, de Búrca, EU Law, Text, Cases and Materials (4th ed. ed.) s. 256

²⁹ Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side. 28

³⁰ Hovland, Øyvind, NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr. 4 side. 279

³¹ Zimmer, Fredrik, Bedrift, selskap og skatt, 5. utgave, side. 392

Formålene med NOKUS- reglene fremgår av forarbeidene: ”hovedbegrunnelsen for å innføre norske særregler for selskaper hjemmehørende i lavskatteland er å motvirke skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i slike land. Dette taler for at norskeid kapital bør underlegges den samme effektive beskatningen enten den er plassert i utlandet eller i Norge.”

³² Uttalelsene gjør det klart at reglene skal sikre det nasjonale skatteproveny og kapitaleksportnøytralitet.³³

EU- domstolen har i Cadbury Schweppes dommen jf. premiss 49 gjort det klart at formål av rent økonomisk art ikke kan begrunne en restriksjon. EU- domstolen uttaler at: ”hensynet til at undgå et tap af skatteindtægter hører ikke til de hensyn, der er anført i artikel 46, og kan heller ikke anses for å være et tvingende allment hensyn, som kan begrunde en restriktion for en ved traktaten indført frihed”. På etableringsrettens område vil dermed økonomiske hensyn sjeldent aksepteres som et tvingende hensyn. Bakgrunnen for dette er åpenbar. Et åpent indre marked skal sikre at fysiske og juridiske personer skal ha mulighet til å ta del i det økonomiske næringslivet. Hvis statene kan innføre restriksjoner medfører dette at juridiske og fysiske personer ikke kan utnytte etableringsfriheten. En slik adgang til å innføre restriktive skatteregler for å sikre sin egen medlemsstat økonomi vil medføre en uthuling av de fire friheter som ikke kan aksepteres. Det er klart at det indre markedet medfører skadelig skattekonkurranse mellom medlemsstatene og tap av skatteinntekter, men dette er prisen medlemsstatene i stor grad må godta.³⁴

I *ICI*³⁵ dommen gir EU- domstolen også klart uttrykk for at beskyttelse av skattefundamentet ikke kan anses som et relevant tvingende hensyn. De sier kort at ”tab af skatteindtægter, der bliver tale om, ikke af de hensyn, der er anført i traktatens artikel 46, og kan ikke anses for et tvingende hensyn af almen interesse”.

Beskyttelse av skattefundamentet kan dermed ikke anses som et tvingende hensyn som kan forsvare restriktive NOKUS- regler.

Det fremgår også av forarbeidene at reglene også har som hensikt å bekjempe skatteomgåelse jf. ”formålet med NOKUS-reglene er å hindre skattemotivert kapitalflukt ved at skattytere

³² Ot.prp.nr 16 (1991-92) punkt 6.7

³³ Gjems Onstad, Norsk bedriftsbeskatning, 7. utgave, side. 522

³⁴ Bullen, Andreas, EU, EØS og skatt, 2005 side. 496.

³⁵ C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), Sml. 1998 S. I-04695

investerer og samler overskudd i selskaper hjemmehørende i lavskatteland for å unngå løpende norsk beskatning”.³⁶

2.4.2 Kan hensynet om å bekjempe skatteomgåelse være et tvingende hensyn?

EU har gjennom tidene fokusert på at man skal bekjempe skatteomgåelse og skadelig skattekonkurranse. Dette arbeidet startet i 1998 hvor EU-rådet ga ut ”the Code of Conduct against harmful tax competition”. Formålet med denne resolusjonen var å slå ned på de klare virkemidlene som ble brukt av medlemslandene for å tiltrekke seg kapital og investorer og som medførte skadelig skattekonkurranse. Dette var også bakgrunnen for at flere av medlemsstatene innførte OECDs³⁷ anbefaling om CFC- regler. CFC- reglene skulle være et virkemiddel for å bekjempe misbruk av etableringsretten.³⁸

Cadbury Schweppes avgjørelsen gjør det videre klart at skatteomgåelse har blitt ansett som et relevant tvingende hensyn i EU praksis. De britiske CFC- reglene kunne forsvares hvis formålet med reglene var å forebygge: ”wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally generated by activities carried out on national territory” jf. Premiss. 55. Etableringsretten sitt formål er at enhver statsborger skal kunne delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat på en ”stabil og vedvarende” måte. Er etableringen av næringsvirksomheten kunstig og medfører omgåsels av skattelovgivning vil ikke formålet bak etableringsretten slå igjennom.³⁹

Å forhindre skatteomgåelse kan påberopes som et tvingende allment hensyn som kan forsvare de restriktiv NOKUS reglene.⁴⁰

2.5 Er NOKUS- reglene egnet til å bekjempe skatteomgåelse?

³⁶ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) punkt. 6.5.4.2

³⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development

³⁸ NOU 2009: 4 Tiltak mot skatteunndragelser, punkt 3.3.4.5

³⁹ Bullen, Andreas, EF domstolens dom i Cadbury Schweppes: en spiker i kisten for NOKUS beskatning i EØS, Revisjon og regnskap nr. 7 2006, side. 47

⁴⁰ Hovland, Øyvind, NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr 4 side. 280

NOKUS- reglene må kunne ramme skatteomgåelsestilfeller. Av Cadbury Schweppes dommen premiss 59 legger EU- domstolen til grunn at de britiske CFC reglene kan være egnet til å bekjempe skatteomgåelse. Det uttales at ”the legislation on CFC makes it possible to thwart practices which have no purpose other than escape the tax normally due on the profits generated by activities carried on in national territory”. Når CFC- regler i stor grad er sammenfallende med norske NOKUS- regler tilsier dette at kravet om egnethet er oppfylt.⁴¹

I *ELISA*⁴² dommen premiss 88 kommer det frem at en restriktiv skatteregel kan være egnet. Ved anvendelse av NOKUS- reglene forhindrer lovgiver at ikke reelle selskapsetableringer unngår norsk skatt ved å etablere seg i lavskatteland.⁴³

NOKUS- reglene er dermed egnet til å bekjempe skatteomgåelse.

2.6 Er NOKUS- reglene proporsjonale?

NOKUS- reglene kan ikke gå lenger enn nødvendig for å bekjempe skatteomgåelse, det må med andre ord foreligge proporsjonalitet mellom hensynet om å sikre etableringsretten og nasjonale staters ønske om å ha bekjempe skatteomgåelse gjennom strenge NOKUS- regler.⁴⁴

I forarbeidene kom finansdepartementet til den konklusjonen at NOKUS reglene måtte endres slik at de er i samsvar med etableringsretten etter de krav EU- domstolen fastsetter. NOKUS reglene kunne videreføres men det måtte foretas en ”begrensning i virkeområdet i forhold til utenlandske selskaper som er reelt etablert i en EØS stat og driver reell økonomisk virksomhet i etableringsstaten”.⁴⁵

NOKUS- reglene kan etter dette kun ramme selskapsetableringer som ikke er ”reelt etablert driver reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b for å sikre proporsjonalitet.

⁴¹ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) punkt. 14.1.4

⁴² C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d’investissements SA (ELISA) v Directeur général des impôts and Ministère public, Sml. 2007 s. I-08251

⁴³ Se her: Carlsen, Knut Morten, Bedriftsbeskatning i praksis, 4 utgave side. 630, Utv.2011 s. 475- riksskattenemda konkluderer med at NOKUS reglene er egnet.

⁴⁴ Hovland, Øyvind, NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS-avtalen, Skatterett 2012 nr 4, side. 286

⁴⁵ Ot.prp. nr 1 (2007-2008) punkt. 14.4.1

3 Oppfyller Holdingselskap X realitetsvilkåret i sktl. 10-64 b?

3.1 Tolkning av norske rettskilder

Videre skal jeg vurdere om Holdingselskap X oppfyller realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b. Problemstillingen vil bli drøftet opp mot sktl. § 10-64 b sin ordlyd, forarbeider og etterfølgende prinsipputtalelser fra Finansdepartementet

Spørsmålet er om Holdingselskap X er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf. sktl. § 10-64 b. Selskapsstrukturen til Holdingselskap X er beskrevet ovenfor i pkt. 1.3.

3.2 Lovens ordlyd

Etter sktl. § 10-64 b fremgår det at skattelegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 foretas ikke

”når selskapet eller innretningen *reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der*”.

Selv om det er snakk om to vilkår ”reelt etablert” og driver ”reell økonomisk aktivitet” viser forarbeidene⁴⁶ som igjen viser til EØS retten at det er en glidende overgang mellom vilkårene. Det forekommer sjeldent at vilkårene blir vurdert isolert. Det er vanskelig å forestille seg et selskap som oppfyller vilkåret ”reelt etablert”, men som ikke driver ”reell økonomisk aktivitet”.⁴⁷ Vilkårene overlapper hverandre i stor grad, og drøftelsen vil derfor gi en samlet vurdering av innholdet i vilkårene.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er fiktive etableringer som skal være gjenstand for NOKUS beskatning. At et selskap er reelt tilsier at selskapet har en viss substans.

⁴⁶ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) kap. 14

⁴⁷ Brænd, Solfrid, Reelle selskapsetableringer, Skatterett 2012 nr. 1 side. 25

3.3 Forarbeidene til sktl. § 10-64 b

Forarbeidene til sktl. § 10-64 b⁴⁸ gir anvisning på følgende objektive vurderingsmomenter fra Finansdepartementet for å fastslå innholdet i realitetsvilkåret:

«for at etableringen og virksomheten skal anses som reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en *fast og varig* måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en *konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten* som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapet har økonomisk substans, blant annet ved *påviselige inntekter fra egen virksomhet*. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det på vises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.» (mine kursiveringer)

Forarbeidene gir uttrykk for at det skal foretas en helhetsvurdering jf ”konkret vurdering”. Dette kan tyde på at vurderingen må avpasses i forhold til selskapstypene. Gjennom sentralskattekontorets praksis har imidlertid myndighetene lagt seg på en streng praksis ved vurderingen om vilkåret er oppfylt. Flere ligningsavgjørelser etter Cadbury Schweppes dommen følger slavisk momentene og bruker de mer som kumulative vilkår enn momenter i en helhetsvurdering.⁴⁹

For det første kreves det at holdingselskapet X gjennom sin ordinære virksomhet ”deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv.” Holdingselskap X er et rent holdingselskap og selskapets investeringer foretas utenfor vertstaten. Dette kan tilsi at selskapet verken anses som fast eller varig. Investeringene gir heller ikke verdiskapning i næringslivet i vertstaten.

Holdingselskap X benytter seg av et forvaltningsselskap i vertstaten. Dette kan tilsi at de benytter seg av næringslivet i vertstaten i stedet for å delta i næringslivet som forarbeidene krever. Dette kan tilsi at holdingselskap X ikke er reelt.

⁴⁸ Ot. pr. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1

⁴⁹ Se f.eks Utv.2008 s.253 – saken er publisert i: Carlsen, Knut Morten, Bedriftsbeskatning i praksis 4.utgave side 639. Se også: Meld. St. 11 (2010-2011) evaluering av skattereformen 2006 punkt 9.8.2

Forarbeidene gir videre uttrykk for at den økonomiske substansen skal vurderes ut ifra «påviselige inntekter fra egen virksomhet». Dette taler for at det kun er selskaper med en operasjonell aktivitet som kan anses som reelt etablert.

Hvis et selskap driver med operasjonell aktivitet sikter det til en aktivitet som direkte har betydning for selskapets inntekter og utgifter. Kontantstrømmene kommer fra salg av varer og tjenester.⁵⁰ Holdingselskap X har kun inntekter som referer seg til aksjeinntekter. Dette er inntekter av passiv karakter som kan tale for at selskapet ikke kan anses som reelt.

Videre i forarbeidene uttaler Finansdepartementet seg om holdingselskaper.⁵¹ Det uttales at en ”utenlandsetablering kan være reell og drive reell økonomisk aktivitet, selv om selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter.» Inntekter som anses som passive kan være utbytte, royalty, renter, gevinster og leieinntekter.⁵² Departementet nevner som eksempel holdingselskaper som driver finansaktiviteter innen et konsern eller forvalter immaterielle eiendeler, og sier at hvis det kan ”dokumenteres at selskapet utøver relevante funksjoner via egne lokaler, har egne ansatte mv, vil det etter en konkret vurdering kunne anses EØS-stridig å NOKUS beskatte norsk aksjonærer for inntekter opptjent i slike selskaper”.

Uttalelsene gjør det klart at Holdingselskap X kan oppfylle realitetsvilkåret selv om inntektene til selskapet er av passiv karakter. Det kreves imidlertid at selskapet utøver relevante funksjoner gjennom egne lokaler og ansatte. Det må dermed foreligge en form for fysisk tilstedeværelse i vertstaten.

Holdingselskap X har ikke egne lokaler, inventar eller utstyr. Selskapet har et forvaltningsselskap som tar seg av selskapets drift. Det foreligger dermed en form for ansatte, og forvaltningsselskapets kontorer kan anses som Holdingselskapets X sine kontorer. Om det kan foretas en slik integrert tolkning som medfører at forvaltningsselskapet kan oppfylle de objektive kriteriene på holdingselskapets vegne er usikkert. Uansett så vil aktiviteten til forvaltningsselskapet tilsi at Holdingselskap X ikke er helt fiktivt. Det gir likevel heller ingen klarhet om det er reelt.

⁵⁰ <http://www.businessdictionary.com/definition/operating-activities.html#ixzz2U0tYGQgW>

⁵¹ Ot. pr. nr. 1 (2007-08) punkt. 14.1.2

⁵² Bullen, Andreas, EF domstolens dom i Cadbury Schweppes, en spiker i kisten for NOKUS beskatning i EØS, Revisjon og regnskap nr. 7 2006, punkt 3.2

Vurderingskriteriene vedrørende NOKUS- selskap som fremgår av forarbeidene⁵³ har blitt nyansert i Finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009.⁵⁴

3.4 Etterfølgende uttalelser fra Finansdepartementet

Spesielt på skatterettens område avgir offentlige etater generelle uttalelser som kan ha betydning for rettsanvendelsen. Finansdepartementet har avgitt flere uttalelser som gjelder anvendelsesområdet for sktl. § 10-64 b. Disse fungerer som instruks for skatteforvaltningen og kan manifestere seg i praksis. Fravikes ikke ligningspraksisen ved etterfølgende avgjørelser ved høyere instanser vil de ha betydelig vekt for lovtolkningen.⁵⁵ Siden det i vårt tilfelle foreligger lite praksis vil uttalelsene tillegges vekt.

Uttalelsen av 29. september 2009 kom etter at EU domstolen hadde avsagt dom i *Aberdeen*⁵⁶ saken. Aberdeen gjaldt spørsmål om et aksjefond som var etablert i utlandet. Uttalelsen er så vidt generelt formulert at den gjelder ved enhver vurdering av reelt etablert vilkåret.⁵⁷ Departementet gir uttrykk for at momentene som kommer frem av forarbeidene⁵⁸ vil ha ulik relevans og vekt ”ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes.”

Holdingselskap X har ikke behov for mer tilstedeværelse i vertsstaten enn et forvaltningsselskap. Visse holdingselskap har ikke behov for ansatte overhodet, driften kan forsvarlig drives gjennom selskapets styremedlemmer. Prinsipputtalelsen kan tyde på at en selskapsstruktur som ikke krever stor fysisk tilstedeværelse kan være reell siden dette er naturlig for selskapstypen.

Imidlertid i uttalelsen videre krever finansdepartementet at det: «påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten».

Finansdepartementet viser igjen til en konkret vurderingen hvor de objektive omstendighetene skal avdekke et skattemotiv. Det fremgår videre av forhåndsuttalelse av 29. september 2009

⁵³ Ot.prp. nr 1 (2007-2008) punkt 14.1.2

⁵⁴ Utv.2009 s. 1280

⁵⁵ Zimmer, Fredrik, Lærebok i selskapsrett, 6. utgave side. 56

⁵⁶ C-303/07, Proceedings brought by Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, Sml. 2009 S. I-05145

⁵⁷ Carlsen, Knut Morten, Bedriftsbeskatning i praksis 2012. side 627 og Zimmer, Fredrik, Bedrift, selskap og skatt 5.utgave side 419

⁵⁸ Ot. pr. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.1.2

fra finansdepartementet at anvendelsesområdet for NOKUS beskatning skal avgrenses til ”kunstige arrangementer med unngåelse for skatt for øye”.⁵⁹ Dette tilsier at NOKUS beskatning av Holdingselskap X dermed kun kan foretas hvis det foreligger et skatteomgåelsesmotiv. Dette kommer ikke klart frem av lovteksten.

I et brev fra Finansdepartementet datert 5. juli 2010 punkt 4, uttaler Finansdepartementet at: "En konklusjon som går ut på at et selskap ikke er reelt etablert/driver reell økonomisk aktivitet i en stat, forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv.”⁶⁰

3.5 Foreligger det her et skatteomgåelsesmotiv?

Ut ifra uttalelsene ovenfor kreves det dermed at det foreligger et ”skatteomgåelsesmotiv” for at NOKUS- beskatning skal være aktuelt for Holdingselskap X.

NOKUS beskatning kan kun skje når holdingselskapet er plassert i et lavskatteland jf sktl. § 10-60. Selv om holdingselskap X er plassert i et lavskatteland kan det være andre forretningsmessige grunner enn å unngå skatt som er årsaken til etableringen. Eksempler på forretningsmessige grunner kan være at etableringen i lavskattelandet vil gi selskapet et større grep om aksjemarkedet som selskapet ønsker å investere i, fordi selskapet er nærmere geografisk. Det kan også være at lånekostnadene eller kostnadene vedrørende driften er lavere i vertsstaten enn hva som hadde vært tilfelle i hjemstaten. At holdingselskap X er etablert i et lavskatteland medfører dermed ikke en automatikk i at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv.

Det må skilles mellom begrepene ”skattmotiv” og ”skatteomgåelsesmotiv.” Å drive med skatteplanlegging for å spare skatt er som hovedregel lovlig. Det går en grense mellom akseptabel skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse.⁶¹ Når det gjelder NOKUS-reglene er skatteplanlegging lovlig så lenge det skjer gjennom reelle etableringer, da foreligger det et skattmotiv. Hvis etableringen fremstår som fiktivt er forholdet over i ett skatteomgåelsestilfelle.

⁵⁹ Finansdepartementets prinsipputtalelse 29 sep. 2009 punkt. 3 avsnitt. 2

⁶⁰ Gjengitt i BFU 6/11, avgitt 10. mars 2011

⁶¹ Zimmer, Fredrik, Bedrift selskap og skatt, 5. utgave side. 55

Høyesterett har i flere skattesaker presisert hva et skatteomgåelsesmotiv er. Det hovedsakelige formålet med disposisjonen må ha vært å spare skatt.⁶² Videre er det et skattyters subjektive formål som er avgjørende.⁶³

Etter finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009 er det avgjørende at det foreligger tilstrekkelige objektive omstendigheter som tilsier at det er andre grunner enn skattemotivet som er årsaken til etableringen. Foreligger det objektive omstendigheter er ikke etableringen fiktiv og man har ikke krysset grensen for ulovlig skatteplanlegging.

Det eneste objektive omstendigheten som foreligger vedrørende Holdingselskap X er at det er et forvaltningsselskap som utfører en aktivitet i vertsstaten. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig for å konkludere med at det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv.

I st. meld. 11 (2010-2011) gir Finansdepartementet en evaluering av skattereformen 2006 og realitetsvilkåret blir vurdert.⁶⁴ Problematikken rundt vurderingen av holdingselskap blir belyst. Finansdepartementet er av den oppfatning at ved vurderingen av holdingselskap så må ”det subjektive motivet tre sterkere fram (...) på grunn av manglende objektive konstantbare fakta”. Videre uttales det at ”i tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør dette etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingselskap som reelt etablert”.

Etter Finansdepartementets vurdering er skattemotivet dermed avgjørende vedrørende vurderingen av Holdingselskap X. Holdingselskap X har etablert seg i et lavskatteland for å spare skatteutgifter, det subjektive motivet er derfor fremtredende i dette tilfelle. Det foreligger ingen andre forretningsmessige grunner som er årsaken til etableringen. Dette taler sterkt for at Holdingselskap X har et skatteomgåelsesmotiv.

At det er et forvaltningsselskap i vertstaten er ikke tilstrekkelig for å konkludere med at det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv.

⁶² Rt.2007. s 209

⁶³ Rt.2006 s. 1232

⁶⁴ Meld. St. 11 (2010-2011) evaluering av skattereformen 2006 punkt 9.8.2

3.5.1 Betydningen av at Holdingselskap X er organisert som et norsk holdingselskap

Finansdepartementet uttaler videre i stortingsmeldingen at skattemotivet er avgjørende selv om holdingselskapet ”i utgangspunktet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingselskaper.”⁶⁵

Å sammenligne etableringen med tilsvarende etablering i Norge ble i Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009, fremstilt som et nytt moment ved vurderingen av om det foreligger et kunstig arrangement. Det fremgår av uttalelsen at ”et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge”.⁶⁶ Dette er naturlig, det vil være spesielt å karakterisere en selskapsstruktur som er tilsvarende en lovlig selskapsstruktur i Norge som en ikke reell etablering.⁶⁷

I stortingsmeldingen sier Finansdepartementet det motsatte ved vurderingen av holdingselskap. I norsk rett har et holdingselskap en selskapsstruktur som et aksjeselskap. Rent selskapsrettslig kreves det ingen aktivitet i et holdingselskap jf. aksjeloven § 1-3.⁶⁸ Holdingselskaper i Norge trenger ikke å oppfylle noen objektive kriterier. Hvis Holdingselskap X skal vurderes opp mot norske holdingselskap ville det medført at man fravek kravet om objektive omstendigheter som fremgår av forarbeidene. Ved en slik vurdering ville realitetsvilkåret mistet sin effekt ovenfor holdingselskap i lavskatteland som er etablert for å omgå skatt.

3.6 Praksis fra sentralskattekontoret for storbedrifter

Det foreligger ingen høyesterettsdommer eller underrettspraksis hvor realitetsvilkåret i sktl. §10-64 b har blitt vurdert. Det foreligger noen saker fra sentralskattekontoret for storbedrifter som angår NOKUS- beskatning. Disse kan ha rettskildemessig vekt ved vurderingen av Holdingselskap X.

⁶⁵ Meld. St. 11 (2010-2011) evaluering av skattereformen 2006 punkt 9.8.2

⁶⁶ Finansdepartementets prinsipputtalelse 29. september punkt. 3 avsnitt. 3

⁶⁷ Se her: Høyland, Njaal Arne, Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet, Revisjon og regnskap nr. 8, 2008 side. 58

⁶⁸ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Høyesterett har ved flere anledninger vektlagt ligningspraksis.⁶⁹ Særlig i saker hvor tolkning av lovtekst og andre rettskilder trekker i samme retning. Det finnes ikke noe eksempel på at Høyesterett har lagt avgjørende vekt på ligningspraksis når andre viktige rettskilder trekker i motsatt retning.⁷⁰ Ligningspraksisen vil ha større vekt når den kan anses som ”langvarig, konsekvent, omfattende og velkjent” jf. Bokreditt.⁷¹

Sentralskattekontoret for storbedrifter fattet et vedtak 21. februar 2008 som er upublisert.⁷² Saken gjaldt et investeringsfond i Luxembourg. Skattekontoret kom her frem til fondet måtte ha en viss fysisk tilstedeværelse for å være beskyttet av etableringsfriheten. At fondet ble styrt av et innleid management selskap var ikke en objektiv faktor som tilsa at selskapet drev genuin økonomisk aktivitet. Videre kom sentralskattekontoret frem til at selskapet måtte ha kompetente ansatte og tilstrekkelig utstyr for å sikre at det ikke forelå et rent kunstig arrangement etter Cadbury Schweppes dommen.⁷³

Denne saken har vesentlige likhetstrekk med vårt faktum. Saken kan tilsi at holdingselskap X ikke kan være beskyttet av etableringsfriheten og ikke reelt etablert.

Overligningsnemnda ved sentralskattekontoret for storbedrifter fattet i oktober 2007 vedtak vedrørende Ptarmigan Trust. Spørsmålet var om trusten var reelt etablert etter sktl. § 10-64 b. Trusten eide 100% av aksjene i et nederlandsk holdingselskap. Dette nederlandske holdingselskapet hadde flere aksjeposter i flere selskaper i andre jurisdiksjoner. Trusten fungerte dermed reelt som et holdingselskap.

Overligningsnemnda uttaler at retten til fri etablering må anses å omfatte

”enhver etablering i en annen medlemsstat som innebærer utøvelse av en aktivitet av økonomisk art, forutsatt at den økonomiske karakteren ikke er helt minimal og at etablereren gjennom slik aktivitetsutøvelse deltar i det økonomiske liv i den annen medlemsstat på en stabil og vedvarende måte. Videre vil de angitte vurderingsmomentene, i form av strekpunkter i departementets brev, bare ha relevans dersom de inngår som naturlige elementer i forbindelse med etablering og utøvelse av en gitt aktivitet av økonomisk art i en annen EØS-stat.”⁷⁴

⁶⁹ Rt.2001 s. 1444 og Rt.1992 s. 1263

⁷⁰ Zimmer, Fredrik Bedrift, skatt og selskap 5. utgave side. 49

⁷¹ Rt.1987. s 729

⁷² Upublisert avgjørelse av 21. Februar 2008 fra sentralskattekontoret for storbedrifter

⁷³ Henie, Lars a. og Scapa Passalcqua, Ana B, The Norwegian CFC rules after the Cadbury Schweppes case, Intertax volume 36, Issue 8/9 side. 388

⁷⁴ Utv.2008 s. 360 pkt. 2.3.43

Nemda følger dermed opp Finansdepartementet uttalelse av 29. september 2009 hvor det kommer frem at de objektive momentene som kommer frem av forarbeidene vil ha ulik relevans og vekt ”ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes.” Kravet til lokaler og ansatte gjelder i den utstrekning disse ressursene er en nødvendig del av den aktuelle virksomheten.

Nemda kom til at virksomheten som trusten utøvde var reell, og det forelå derfor ikke et kunstig arrangement jf. Cadbury Schweppes dommen. NOKUS- reglene kom derfor ikke til anvendelse. Det avgjørende var om det forelå en aktivitet av økonomisk art som også er hovedpoenget i kunstig arrangement doktrinen fra Cadbury Schweppes. Avgjørelsen fra nemda viser at de bruker kravene til etableringsretten og EU- praksis ved vurderingen av om etableringen var reell. Det avgjørende var om trusten utøvde en næringsvirksomhet på en «stabil og vedvarende måte» jf. formålet bak etableringsretten. Denne vurderingen må foretas opp mot det som er naturlig for selskapsformen.

Dette er en enkelt avgjørelse fra sentralskattekontoret, praksisen er dermed ikke ”langvarig, konsekvent, omfattende og velkjent” jf. Bokreditt.⁷⁵ Avgjørelsen ble opphevet i riksskattenemda fordi det ikke forelå informasjonsutvekslingsavtale med vertsstaten som kunne bevise at etableringen var reell. Rettskildeverdien av denne avgjørelsen er etter dette meget begrenset.

3.6.1 Kan forvaltningsselskapet oppfylle de objektive kriteriene på vegne av Holdingselskap X?

Holdingselskap X har leid inn et forvaltningsselskap. En vurdering som overligningsnemnda gjør i saken om Ptmargin trust medførte at vurderingskriteriene i forarbeidene⁷⁶ kunne oppfylles av forvaltningsselskapet på vegne av holdingselskapet.

I en uttalelse fra Sentralskattekontoret for storbedrifter avgitt 21. februar 2008 om luxembourgske SICAV-fond er det med bakgrunn i lovens ordlyd og forarbeider antatt at en slik integrert vurdering ikke kan foretas.⁷⁷ Dette medfører at holdingselskapet i vår sak bør vurderes separat. Åpner man opp at forvaltningsselskap kan oppfylle de objektive kriteriene

⁷⁵ Rt.1987. s 729

⁷⁶ Ot.Prp. Nr. 1(2007-2008) punkt. 14.1.2

⁷⁷ Utv.2009 s. 363

kan det tilsi at man legger til rette for omgåelser av realitetsvilkåret. Dette tilsier at man ikke skal godta Holdingselskap X som reelt.⁷⁸

Hvis holdingselskap X her skal anses som reelt kan realitetsvilkåret miste sin effekt. Dette fordi det eneste objektive kriteriet som foreligger er at holdingselskapet drives gjennom et forvaltningsselskap. Med en slik fortolkning kan inntekt med opprinnelse i lavskatteland utenfor EØS kunne strømme skattefritt gjennom holdingselskap i EØS-land som er lavskatteland. Norge vil ikke ha rett til å beskatte inntekten fordi den kommer fra et EØS-land.⁷⁹

3.7 Oppsummering

Gjennomgangen ovenfor viser at realitetsvilkåret de siste årene til en viss grad har blitt lempet gjennom etterfølgende uttalelser fra Finansdepartementet. At virksomheten må opptre ”fast og varig” i etableringsstaten næringsliv har ikke blitt fraveket i de etterfølgende uttalelser. Dette vilkåret må vurderes opp mot hva som er naturlig for selskapstypen. Kriteriet er likevel problematisk vedrørende holdingselskaper da det tilsier at det må foretas investeringer i vertsstaten, og det må påvises en fast fysisk tilstedeværelse.⁸⁰

Foregående norske rettskilder taler for at holdingselskap X ikke kan anses som ”reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b.

⁷⁸ Se også: Skatterettslige spørsmål vedrørende Private Equity Fond, punkt 3.4.4. Upublisert masteroppgave høsten 2012, Universitetet i Oslo

⁷⁹ Meld. St. 11 (2010 – 2011), Evaluering av skattereformen 2006, punkt. 9.8.2

⁸⁰ Se her: Gjems Onstad, Ole, Norsk bedriftskatterett 7. utgave side. 1028

4 EU/EØS retten

4.1 Tolkning av EU-retten

Problemstillingen vil videre blir drøftet opp mot EU-rettslige kilder.

EU-domstolen avgjørelser står sentralt i EU-retten, og er en sentral kilde ved tolkningen av etableringsretten. Lovgiver har som sagt uttrykkelig innført realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b på grunn av EU- domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes saken. Dette for å unngå at NOKUS- reglene utgjør en uproporsjonal restriksjon på etableringsretten jf. EØS- avtalen artikkel 31 og 34. Holdingselskap X vil derfor bli vurdert opp mot EU-domstolens domspremisser i Cadbury Schweppes.

4.2 Cadbury Schweppes

Cadbury Schweppes gjaldt det britiske selskapet Cadbury Schweppes Overseas Ltd. Deres datterselskap Cadbury Schweppes plc eide to irske datterselskap som var etablert i ”international Financial Services Center” i Irland. Skattesatsen var 10 % for datterselskapene og det var klart at datterselskapene var etablert der for å nyte godt av det irske skattesystemet. De britiske CFC- reglene medførte at det kontrollerende morselskapet kunne skattlegges i Storbritannia for overskuddet i datterselskapene i Irland. Sakens kjerne var om de britiske CFC- reglene var i strid med etableringsretten.

De britiske CFC- reglene skulle forhindre skatteomgåelse noe som er ansett som et relevant tvingende hensyn jf. punkt 2.4.2. Domstolen kom frem til at CFC- reglene var egnet til å bekjempe skatteomgåelse, men reglene var ikke proporsjonale. CFC- reglene gikk lenger enn nødvendig for å bekjempe skatteomgåelse. EU domstolen kom frem til at CFC- reglene kunne opprettholdes hvis de kun rammet ”wholly artificial arrangement” jf premiss 68.

Cadbury Schweppes gjelder som sagt forholdet mellom datterselskap og et morselskap. EU-domstolen vurderer dermed et konsernrettslig forhold og dommen er i stor grad farget av sakens faktum. Dette tilsier at dommens premisser ikke kan anvendes ved vurderingen av Holdingselskap X da selskapet ikke inngår som en del av et konsern.

På den annen side er flere av domspremissene av generell karakter og kan dermed anvendes på flere typer selskapsstrukturer.

Holdingselskapet X har blitt etablert i et lavskatteland for å spare skatt. Domstolen viser til tidligere praksis og fremhever det klare utgangspunkt i premiss 50 vedrørende legitim skatteflukt. En etablering i et lavskatteland i seg selv kan ikke føre til en konklusjon om at det foreligger omgåelse av skattelovgivning og et misbruk av etableringsretten. Det er kun skatteomgåelse som gjennomføres gjennom kunstige etableringer som kan være gjenstand CFC- beskatning. Et mål om å minske skatteutgiftene sine gjennom å benytte seg av etableringsretten er lovlig så lenge etableringene er reelle.

Spørsmålet er dermed om holdingselskap X kan anses som et ”wholly artificial arrangement” jf. premiss 68.

Isolert sett tilsier ordlyden «wholly artificial arrangements» at EU- domstolen anlegger en høy terskel for hva som er et kunstig arrangement. Ordlyden kan forstås som at selskapsstrukturer uten noen form for substans eller kommersiell aktivitet skal falle innunder CFC- reglene.

4.3 Hvordan avdekkes en kunstig selskapsetablering?

Hvordan et kunstig arrangement skal avdekkes fremgår av premiss. 64:

”for at konstantere, det der foreligger et sådant arrangement, kræves det således ud over et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, at det fremgår af de objektive omstændigheder, at det mål, der forfølges ved etableringsfriheden, således som det er beskrevet i denne dom præmis 54 og 54, ikke er nået til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er opfyldt”.

For at det skal foreligge et kunstig arrangement må det i følge EU-domstolen tas stilling til en subjektiv og objektiv side ved etableringen.⁸¹ Motivasjonen bak etableringen må ha vært å unngå skatt jf. premiss 64. En slik subjektiv tanke hos skattyter kan være vanskelig å avdekke. Det skal derfor legges vekt på objektive omstendigheter som kan overprøves av en tredjemann. Det fremgår videre av premiss. 68:

”..efterprøvelsen af sådanne omstændigheder fører til den konklusjon, at CFC-selskabet svarer til en fiktiv etablering, hvorfra der ikke faktisk udøves nogen økonomisk

⁸¹ Metoden for å avdekke et kunstig arrangement i Cadbury Schwppes er i stor grad lik to-test metoden som ble utviklet i C-255/02 Halifax avgjørelsen. Denne avgjørelsen gjaldt spørsmålet om en transaksjon var kunstig i motsetning til Cadbury Schweppes hvor det er snakk om en kunstig etablering.

virksomhet på værtsmedlemsstatens område, må opprettelsen af CFC-selskabet anses for at udgøre et rent kunstig arrangement”.

Cadbury Schweppes anviser to fremtredende objektive elementer. Det skal legges vekt på om det foreligger en faktisk etablering ut ifra ”bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr” jf premiss 67. I tillegg kreves det at det ”udøves økonomisk virksomhet på værtsmedlemsstatens område” jf. premiss. 68. Den engelske versjonen bruker ordlyden ”genuine economic activities”.

Dommen gjør det klart at det skal legges vekt på ”graden av CFC selskabets fysiske eksistens” og gir uttrykk for en generell regel. Avgjørelsen gir ingen retningslinjer vedrørende hva som karakteriseres som ansatte for selskapet, hvor store kontorfasiliteter eller hvor mye utstyr som er tilstrekkelig. Dommens premiss. 67 og 68 kan derfor tyde på at et holdingselskap uten noen form for ansatte, kontorer eller utstyr aldri kan anses som reelle.

Imidlertid fremgår det av Cadbury Schweppes i premiss 65 og 66 at CFC- reglene ikke kan anvendes når etableringen kvalifiserer som en reell etablering etter etableringsretten. At et selskap ikke har egne lokaler, personal og utstyr kan dermed ikke anses som et absolutt vilkår for at en etablering ikke skal anses som kunstig. Kriteriene om ansatte, lokaler og utstyr fungerer dermed kun som momenter.

Det objektive kravet som Cadbury Schweppes gir uttrykk for i premiss 67 og 68 må derfor vurderes opp mot innholdet og formålet bak etableringsretten. Etableringsretten skal gi enhver EU-statsborger mulighet til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat på en ”stabil og vedvarende måte” jf premiss. 53 i Cadbury Schweppes. De objektive kriteriene bidrar til å vurdere selskapets realitet i lys av formålet bak etableringsretten.⁸²

Siden Cadbury Schweppes dommen konkluderte med at rent kunstige arrangementer ikke skal vernes av etableringsretten, er det klart at det må foreligge en form for økonomisk aktivitet i vertsstaten jf premiss 68. Det foreligger dermed et materielt krav om tilknytning mellom holdingselskapet og vertsstaten.

Det må dermed vurderes om Holdingselskap X driver ”økonomisk virksomhet” i vertsstaten jf. premiss 68. Dette objektivet kriteriet må vurderes opp mot formålet bak etableringsretten jf. premiss 65 og 66.

⁸² Hovland, Øyvind, NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS-avtalen, Skatterett 2012 nr. 4, side. 292

4.4 Utøver Holdingselskap X økonomisk virksomhet i vertsstaten?

Spørsmålet blir dermed videre om Holdingselskap X ”udøver økonomisk virksomhet på værtsmedlemsstatens område” jf. premiss 68.

Den engelske versjonen bruker ordlyden ”actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there” jf premiss 68.

Ordlyden kan forstås som at det må foreligge økonomisk aktivitet som faktisk skjer i medlemsstaten gjennom operasjonelle aktiviteter. Dette kan tilsi at holdingselskap som formelt er stiftet i en stat, men som kun driver med investeringer utenfor etableringsstaten som gir passive inntekter dermed skal anses som kunstig.

I Storbritannia etter Cadbury Schweppes dommen ble det utarbeidet et forslag til endringer av CFC- reglene fra HM Revenue and Customs (HMRC). I dette forslaget skilles det mellom holdingselskaper og selskaper med operasjonell aktivitet. Det kommer frem at profitt fra holdingselskap sjeldent vil være ”genuine economic activities”. Denne forståelsen er bygd på en oppfatning om at passive inntekter i et holdingselskap stammer fra eierskap av aksjer som ikke nødvendigvis vil ha noe tilknytning til medlemsstaten hvor holdingselskapet er etablert.⁸³

Vårt holdingselskap foretar investeringer utenom vertsstaten grenser. Selskapet har en kontrakt med et forvaltningsselskap som tar seg av selskapets aktiviteter. Det som er sagt så langt angående økonomisk aktivitet kriteriet tilsier at Holdingselskap X ikke driver ”økonomisk virksomhet i værtsstaten”

I artikkelen ”The norwegian CFC Rules after the Cadbury Shweppes Case” gir forfatteren synspunkter på hva som er misbruk av etableringsretten. Det fremgår av artikkelen at etter EU- praksis er det klart at selv om selskapets aktivitet ikke sikter til næringslivet i vertsstaten, er ikke det tilstrekkelige bevis for at det foreligger misbruk av etableringsretten.⁸⁴ Forfatteren viser til EU- domstolens avgjørelse *Inspire Art*⁸⁵ for å fastslå dette.

⁸³ Se HM Revenue and Customs, Draft Guidance “changes to Controlled Foreign Company Rules” para 17-22 og Henie, Lars a. og Passalcqua , Ana B. Scapa Passalcqua . The norwegian CFC Rules after the Cadbury Shweppes Case, Intertax, volume 36, Issue 8/9, side. 384

⁸⁴ Henie, Lars a. og Passalcqua , Ana B. Scapa Passalcqua ,The norwegian CFC Rules after the Cadbury Shweppes Case, Intertax, volume 36, Issue 8/9, side. 386

⁸⁵ C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, Sml. 2003 s. I-10155

Inspire art gjaldt et britisk selskap som etablerte en filial i Nederland. Det britiske selskapet skulle i vesentlig grad drives i Nederland gjennom denne filialen og det skulle være liten grad av virksomhet igjen i Storbritannia. I premiss 95. i dommen slår domstolen fast at ved anvendelse av etableringsfriheten er det ”uden betydning at et selskap alene er stiftet i en medlemsstat med henblikk på at etablere sig i en anden medlemsstat, hvor den overvejende del af eller hele dets virksomhed skal udøves”.

Det EU domstolen gir uttrykk for i premiss. 95 er at etableringsretten ikke stiller krav til at det skal skje en aktivitet i hjemstaten, når man etablerer seg i en annen medlemsstat. Dommen gir dermed ingen avklaring på hva som kreves av økonomisk aktivitet av Holdingselskap X i vertstaten etter etableringsretten. At det ikke kreves økonomisk tilknytning til hjemstaten kommer også frem av *Segers*⁸⁶ og *Centros*⁸⁷. Ordlyden i artikkel 31 som regulerer etableringsretten i EØS avtalen oppstiller heller ikke et slikt krav om økonomisk aktivitet i hjemstaten. Det som er klart etter dette er at holdingselskapet X ikke trenger å ha en økonomisk aktivitet igjen i Norge for å kunne påberope seg etableringsretten.⁸⁸

I vårt tilfelle foretar Holdingselskap X investeringer utenfor vertsstaten, men forvaltningsselskapet aktivitet som foretas på vegne av holdingselskapet skjer i versstaten.

Tom O’Shea skriver at ”the suggestion in Cadbury Schweppes that the CFC must carry on genuine economic activities in the host Member State cannot be interpreted to mean that all activities must be carried on there”.⁸⁹

EU domstolen avgjørelse *VT4*⁹⁰ angikk rettigheten til å utøve tjenester i et medlemsland. Et britisk TV selskap hadde en filial inkorporert inn i et TV selskap i Luxembourg. The britiske selskapet sendte kun programmer i Belgia ikke i Luxembourg noe som Belgiske myndigheter ville nekte de å gjøre. I denne saken uttaler domstolen at ”there was no condition for the exercise of the freedom to provide services that the company offered services in the Member State in which it is established.” Dette tilsier at det ikke strider imot etableringsretten at etableringen utøver virksomhet utover de landegrensene man har etablert seg.

⁸⁶ C-79/85 D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen. Sml. 1986 s. 02375

⁸⁷ C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Sml. 1999 S. I-01459

⁸⁸ Farstad, Snorre, er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? Skatterett 2010 nr. 2 side.164

⁸⁹ O’Shea, Tom, The UK’s CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation? EC Tax Review 2007/1 side. 13-33

⁹⁰ C-56/96 VT4 Ltd mod Vlaamse Gemeenschap, Sml. 1997 S. I-03143

Dette kan tyde på at holdingselskapet ikke trenger å foreta investeringer i vertstaten for å bli ansett som en etablering.

I Cadbury Schweppes kom den britiske domstolen frem til at det forelå en reel etablering i Irland for de to Irske datterselskaper, selv om de utelukkende skulle utføre tjenester for konsernselskap utenfor Irland.⁹¹

I Cadbury Schweppes premiss 53 og 54 viser EU domstolen til sak *Factorame*⁹² vedrørende innholdet av etableringsretten og hvilke krav som stilles til etableringen. Factorame gjelder spanske statsborgere som ønsket å registrere fiskefartøyer i et nyopprettet britisk fiskeregister. Et vilkår for en slik registrering i Storbritannia var at ”fartøyet bestyres, og dets drifts ledelse og kontrolleres fra Det Forende Kongerige” jf. premiss 6. Spørsmålet var om et slikt krav stred mot etableringsretten og domstolen konkluderte med at det ikke forelå restriksjon på etableringsretten.

I Factorame premiss 20 så gir domstolen en uttalelse om begrepet «etablering». Det uttales at vedrørende etableringsretten kreves det «actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in another Member State for an indefinite period». At det krevdes at fartøyet skulle bestyres og kontrolleres fra etableringsstaten var i de vesentlige sammenfallende med etableringsbegrepet jf. Factorame dommen.

Skal det foreligge en ”etablering” etter Factorame kreves det dermed at den økonomiske aktiviteten skjer gjennom et «fixed establishment». Det stilles ikke krav om at den økonomiske aktiviteten er rettet mot finansmarkedet i vertstaten.

Det kreves derfor ikke at holdingselskap X foretar investeringer i vertstaten. Etter Cadbury Schweppes og Factorame kreves det imidlertid at holdingselskapet er etablert i vertstaten gjennom et fast driftsted, og at den aktiviteten som foregår gjennom dette driftstedet er ”stabil og vedvarende” jf. etableringsretten.

4.5 Har Holdingselskap X et fast driftsted?

⁹¹ Se mindretallet fra bindende forhåndsuttalelse fra Danmark: CFC-beskatning for personaksjonær og selskabsaksjonær i cypriotisk selskab. Publisert på :<https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oID=1757991>

⁹² C-221/89, Factorame Ltd mot the queen mod secretary of state for transport, Sml. 1991 s. I-03905

Her oppstår det et nytt tolkningsproblem da EU- domstolen viser til at det kreves en ”fast indretning”. Hva som ligger i dette begrepet må avklares. Farstad skriver i sin artikkel at ”det kan imidlertid være en indre sammenheng mellom kravet til fast innretning og økonomisk aktivitet, ved at ledelsesaktiviteter kan utgjøre en økonomisk aktivitet og samtidig indikere at det eksisterer en fast innretning jf. avsnitt 34 i Factorame dommen.”⁹³

Factorame premiss 35 sier om fast driftsted at det er tilstrekkelig at det foreligger et ”centre for directing the operations” i vertsstaten. ⁹⁴

At det skal foreligge et ”centre” tilsier at det må reelt være noen i vertsstaten som tar seg av selskapets og dets løpene investeringer for at det skal anses som et fast driftsted. Etter dette må det fokuseres på hvor styremøtene foretas, hvor de administrative avgjørelser tas og hvem som tar seg av det finansielle. Hvor inntektene til selskapet kommer fra skal ikke ha en betydning så lenge inntektene kommer fra selskapets egen verdiskapning.⁹⁵

I dette tilfelle er det et forvaltningsselskap som tar seg av selskapets drift. Holdingselskapet X har ikke egne kontorer, eller eget utstyr som kan tilsi at det ikke foreligger et eget fast driftsted for Holdingselskap X. Driftstedet til holdingselskap X beror på driftstedet til forvaltningsselskapet. Om dette er tilstrekkelig for at det foreligger et «centre for directing the operations» jf. Factorame er uklart.

EU-kommisjonen påpekte i desember 2007 at det forelå et problem i forhold til vurderingen av holdingselskaper. Det er derfor hensiktsmessig å vurdere om EU-kommisjonens arbeid på området kan gi noen avklaringer vedrørende problemstillingen.

4.6 Arbeid fra EU- kommisjonen og Europarådet vedrørende kunstig arrangement doktrinen

EU kommisjonen inviterte medlemsstatene i desember 2007⁹⁶ til en diskusjon om hvordan nasjonal lovgivning skulle utarbeides for å bekjempe misbruk innenfor den direkte

⁹³ Farstad, Snorre, Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? Skatterett 2 – 2010, side. 166

⁹⁴ Se her Hovland, Øyvind, NOKUS-reglene og fritaksmetodenskrav til reelt etablert og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr. 4, side 294.

⁹⁵ Robert, Eric, France/ European Union, The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market, European Taxation 2011 No. 1, punkt 2.2

⁹⁶ KOM(2007) 785, Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande.

beskatningen. Siden det er uklart hvordan vårt tilfelle skal vurderes i EU- retten kan slike uttalelser belyse problemstillingen og gi visse momenter.

Kommisjonen fremstiller kunstig arrangement doktrinen som et særskilt unntak fra den beskyttelse EU statsborgere har etter EU traktaten. Kommisjonen bruker ordlyden ”exceptionel” i sin meddelelse, noe som tilsier at CFC- reglene skal kun benyttes i særskilte tilfeller og er dermed et sjeldent unntak fra hovedregelen om etableringsfrihet.⁹⁷

Kommisjonen bygger videre på doktrinen fra Cadbury Schweppes og fremhever at etableringen skal vurderes ut ifra objektive kriterier. Det uttales at ”Objektive faktorer til at afgøre, om der er tilstrækkelig substans, omfatter sådanne kriterier, der kan efterprøves, som den reelle placering af administrationen og virksomhedens fysiske tilstedeværelse samt den reelle kommercielle risiko, som den løber.”

Her gir kommisjonen uttrykk for at den reelle plasseringen av administrasjonen har betydning. Holdingselskap X sin administrasjon beror på forvaltningsselskapets administrasjon. Hvis forvaltningsselskap reelt driver i versstaten foreligger det en administrasjon. Dette tilsier at det foreligger en form for et fast driftsted og en viss fysisk tilstedeværelse.

Videre legger kommisjonen vekt på den kommersielle risiko. Denne risikoen relaterer seg til faren for at kunder eller kjøpere ikke har mulighet eller vil gjøre opp for seg. En slik risiko medfører likviditetsproblemer for bedriften.⁹⁸ En slik risiko vil ikke foreligge for Holdingselskap X. Inntektene til selskapet relaterer seg kun til utbytte. Kommersiell risiko vil foreligge ved selskaper som driver med handel, eksport og utførelse av tjenester. Dette objektivet momentet vil dermed ikke ha vekt ved holdingselskap.

Europarådet sin resolusjon fra 8. juni 2010⁹⁹ er et svar på meddelelsen fra kommisjonen. Resolusjonen er imidlertid ikke bindende juridisk for medlemsstatene, men kan gi tolkningsmomenter. Det som er interessant er at Europarådet gir den forretningsmessige årsaken til etableringen en mer sentral rolle enn hva som fremgår av Cadbury Schweppes dommen. Da det ikke foreligger noen forretningsmessige årsaker utenom skattemotivet taler for at Holdingselskap X er kunstig.

⁹⁷ KOM (2007) 785, Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande. punkt 2. avsnitt 1

⁹⁸ <http://www.businessdictionary.com/definition/commercial-risk.html>

⁹⁹ 2010/ C 156/01, Rådets resolution af 8. juni 2010 om koordinering af CFC og reglene om tynd kapitalisering i Den Europæiske Union.

Kommisjonens arbeid fra 2007 og Europarådets resolusjon gir ingen klar avklaring vedrørende om Holdingselskap X er et kunstig arrangement. Cadbury Schweppes og annen EU praksis gir noen eksempler på hva som kan karakteriseres som rent kunstige arrangementer. Det er derfor hensiktsmessig å vurdere holdingselskap X opp mot disse eksemplene. En slik sammenligning vil gi en anvisning på hvor grensen går mellom kunstige arrangementer og ikke kunstige arrangementer.

4.7 Eksempler på rent kunstige arrangementer i EU-retten

Først og fremst er det snakk om en kunstig etablering der et morselskap etablerer et datterselskap i lavskatteland, og datterselskapets funksjon er å være ledd i skattemessige transaksjoner fra morselskap til datterselskap. De inntektene som tilordnes datterselskapet skriver seg egentlig fra verdiskapning og aktiviteter i morselskapets hjemland. Datterselskapet er da etablert for å unngå skatt, og det foreligger ingen andre forretningsmessige grunner til å overføre overskudd til det utenlandske datterselskapet. I slike tilfeller tilsier også prinsippet om fordelingen av beskatningsrett at morselskapet skal bli beskattet for datterselskapets inntekter jf premiss 55 i Cadbury Schweppes. Vårt holdingselskap fungerer ikke som en gjennomstrømningskanal for inntekter, og kan ikke på bakgrunn av dette synspunktet anses som kunstig arrangement. Hvis den økonomiske virksomheten i selskapet stred mot alminnelige markedsvilkår ville det talt sterkt for at holdingselskapet X var kunstig.

I generaladvokatens forslag til avgjørelse i Cadbury Schweppes dommen gis det eksempel på kunstig arrangement.¹⁰⁰ I premiss 113 i generaladvokatens forslag gis det uttrykk for at datterselskapet er et kunstig arrangement hvis det ikke foretas noen egne beslutninger, men er mer ”a tool of execution because decisions necessary to carry out the services it is paid for are taken at another level”.¹⁰¹

Et holdingselskap vil ofte være et moderselskap i et konsern. Holdingselskapet eier da alle aksjene i datterselskapene. Hvis alle avgjørelser knyttet til holdingselskapet i realiteten blir tatt av et annet selskap i primærstaten gir dette en klar antydning til at holdingselskapet er kunstig. Når avgjørelser på styrenivå blir tatt av et annet selskap i Norge tilsier det uansett at

¹⁰⁰ Generaladvokaten i EU har som oppgave å legge frem et forslag til avgjørelse før EU-domstolen aviser dom.

¹⁰¹ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Léger fremsat den 2. maj 2006. Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue. Sag C-196/04. Samling af Afgørelser 2006 side I-07995

det utenlandske holdingselskapet anses hjemmehørende Norge. I slike tilfeller vil NOKUS beskatning ikke være aktuelt, da det vil foreligge alminnelig skatteplikt etter sktl. § 2-2.

Etter Factorame premiss 34 fremgår det at et selskapet kan være underlagt visse retningslinjer og instruksjoner. Dette er ikke i strid med etableringsretten. Dette tilsier at norske aktører kan gi generelle instruksjoner til forvaltningsselskapet angående drifting av Holdingselskap X, men selskapet kan ikke i sin helhet styres fra Norge.

4.7.1 Postkasseselskap og skjermelskap

Cadbury Schweppes gir videre i dommens premisser to eksempler på hva som kan karakteriseres som kunstige arrangementer. I premiss. 68 nevnes ”postkasseselskaper” (letterbox) og ”skjermelskap” (front subsidiary). Disse subjektene har ikke krav på å bli vernet av etableringsretten. I praksis har ”datafilselskap” og ”money-box company” vært brukt som benevnelser på slike selskaper.

Benevnelsen ”postkasseselskap” og hvordan et slikt selskap skal defineres kan medføre misforståelser da begrepet ikke nødvendigvis har det samme innholdet hos alle medlemsstatene i EU.¹⁰² Begrepet tilsier at det er kunstige selskaper som eksisterer formelt bare på papiret uten substans utover av at de er registrert i vertsstaten. Selskapet er kun en nullitet og inntektene i selskapet stammer fra aktivitet i et annet land.

Professor Aage Michelsen ved universitetet i Århus har i sin artikkel fra 2008 angående CFC beskatning i Danmark kommet med noen synspunkter rundt begrepet postkasseselskap. Han ser det som ubegripelig at EU domstolen henviser til postkasseselskaper for å beskrive hva domstolen anser som misbruk av etableringsretten. Et postkasseselskap innebærer at det ikke foretas noen aktivitet i etableringsstaten og at inntektene stammer fra feil allokering av inntekter som strider mot reglene om internprising. Han mener det følger allerede av reglene om korrekt internprising at det ikke kan overflyttes penger fra et dansk selskap til et utenlandsk finansselskap i et lavskatteland. Dette medfører at regelen om hva som anses som misbruk etter Cadbury Schweppes faller igjennom. Det gir ingen ny virkning da det allerede foreligger internprising regler som hindrer slik feil allokering av inntekter.¹⁰³

¹⁰² Michelsen, Aage, CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet i EU-retten, skat Udland marts 2008 side 245

¹⁰³ Michelsen, Aage, CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet I EU-retten, Skat Udland marts 2008 side 246

Likevel gir henvisningen til postkasseselskap et uttrykk for hvor terskelen skal trekkes i kunstig arrangement doktrinen. Ved å henvise til et postkasseselskap gir Cadbury Schweppes uttrykk for at terskelen er høy for at det foreligger et kunstig arrangement. Det har overføringsverdi vedrørende vurderingen av holdingselskap X. Hvis holdingselskap X er et postkasseselskap tilsier det at etableringen er illojal og ikke i tråd med etableringsretten.

4.7.2 Er Holdingselskap X et postkasseselskap?

Cadbury dommen premiss 68 kryssrefererer til Eurofood dommen premiss 34 og 35 for å klarlegge hva et postkasselskap er.

Et postkasseselskap er etter premiss 35 i Eurofood dommen et selskap som “not carrying out any business in the territory of the Member State in which its registered office is situated.” Definisjonen gir ingen objektive kriterier, men det kreves at det skjer ”business in the territory of the Member State”. Definisjonen krever ikke at den økonomiske virksomheten skal være av vesentlig karakter jf ordlyden ”any”.

Eurofood dommen gir dermed et uttrykk for et postkasseselskap er ikke et selskap som har minimale behov for lokaler eller ingen ansatte. Det er et selskap som ikke utfører noen form for aktivitet i vertstaten overhodet. Dette taler for at det foreligger en meget høy terskel før et holdingselskap anses som et kunstig arrangement.

Hvis forvaltningsselskapet ikke foretar sine beslutninger vedrørende holdingselskapet X i vertsstaten tilsier det at det ikke foreligger ”any business activity in the territory”. Dette er ikke tilfelle, og det tilsier at Holdingselskap X ikke er et postkasseselskap.

I denne sammenheng er det et viktig moment at de som styrer selskapet og dens daglige drift har den kompetansen som er nødvendig.¹⁰⁴ Det kan foreligge tilfeller hvor selskap illojalt prøver å oppfylle de objektive kriteriene. Hvis forvaltningsselskapet egentlig ikke er kompetent til å drifte holdingselskapet, kan det tilsi at etableringen er kunstig.

Forvaltningsselskapet i et slikt tilfelle kan anses som et skalkeskjul for å skjule at selskapets drift egentlig foretas av bakmenn i hjemstaten.

¹⁰⁴ Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten premiss 108 Cadbury Schweppes og De Broe, Luc, Some Observations on the 2007 communication from the commission, EC Tax review 2008 nr. 3 side 144

I vårt tilfelle har forvaltningsselskapet kompetanse og de utøver en viss aktivitet i vertsstaten på vegne av Holdingselskapet X. Siden det foregår en aktivitet i vertsstaten kan ikke holdingselskap X anses som et postkasseselskap.

Et holdingselskap trenger ofte heller ikke et forvaltningsselskap til å drive selskapet. Styremedlemmene og styreleder kan effektivt selv drive selskapet og foreta begrunnede investeringer. Hvis disse avgjørelsene blir foretatt i etableringsstaten taler drøftelsen ovenfor at holdingselskapet ikke er et postkasseselskap. Det kan dermed anses som en etablering etter etableringsretten.

4.8 Oppsummering

Holdingselskap X er ikke et postkasseselskap etter definisjonen som fremgår av Cadbury Schweppes jf. Factorame. Holdingselskap X er dermed ikke et ”rent kunstig arrangement” etter EU-rettslige kilder.

Forvaltningsselskapets driftsted må etter dette anses som Holdingselskap X sitt driftsted. Hvis forvaltningsselskapet driver en økonomisk virksomhet som er «stabil og vedvarende» på vegne av holdingselskapet er kravene til etableringsretten oppfylt. Et forvaltningsselskap gir en form for fysisk tilstedeværelse og en form for ansatte.

Dette viser at hva som skal anses som en ”etablering” etter etableringsretten tolkes vidt i EU-praksis.

Etter en gjennomgang av EU-retten kan ikke Holdingselskap X anses som et ”wholly artificial arrangement.”

Det kan være hensiktsmessig at man tar utgangspunkt i en lengre tidsperiode ved vurderingen om selskapet deltar i det økonomiske liv i etableringsstaten. For å fastslå en stabil og vedvarende deltakelse må man vurdere virksomheten over flere år. I fransk rett har en slik tilnærming blitt foretatt i flere skattesaker.¹⁰⁵ Sakene angår franske interne misbruksreglene på skatteunndragelser, men synspunktet blir også overført ved vurderingen av innholdet i et utenlandsk selskap. Avgjørelsene fremhever at en skattyter skal kunne få anledning til å bevise motivasjonen for etableringen i utlandet. Dette skal bevises gjennom fakta som kan

¹⁰⁵ Supreme Administrative Court 8. October 2010 No. 301934 *Bazire* og Supreme Administrative Court, 11 February 2011 No. 314950 *Picoix*

etterprøves flere år etter at den omstridte etableringen eller transaksjonen har skjedd. De objektive kravene til etableringen må vurderes ut ifra en tidsperiode for å fastslå at skattyter faktisk har deltatt effektivt i det økonomiske liv i vertstaten.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Dr. Robert, Eric, France/European union The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market, European Taxation 2011 No. 11 punkt. 4.

5 Konklusjon

5.1 Det foreligger motstrid mellom rettskildefaktorer

Ordlyd, forarbeider og etterfølgende administrative uttalelser trakk i retning av at Holdingselskapet X ikke er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b. En gjennomgang av EU-retten tilsa at Holdingselskap X ikke anses som et ”wholly artificial arrangement”.

Det fremgår av EØS-loven § 2:

”bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.”

EØS- loven § 2 gjelder dermed ved motstrid mellom to norske regler. Hvis konklusjonen hadde vært at NOKUS reglene strider mot etableringsretten i artikkel 31. og 34 i EØS- avtalen hadde det vært aktuelt å benytte EØS-loven § 2. Dette fordi EØS avtalen gjelder som norsk lov jf. EØS loven § 1.¹⁰⁷

I dette tilfelle foreligger det ikke motstrid mellom regler, det foreligger motstrid mellom rettskildefaktorer. Det ulovfestete presumsjonsprinsippet vil derfor være avgjørende ved vurderingen av Holdingselskap X. Etter dette prinsippet skal norsk rett så vidt det er mulig tolkes i den retning som medfører at det foreligger harmoni med våre EØS rettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet fører til at man søker å unngå tolkningsalternativer som fører til et folkerettsstridig resultat.¹⁰⁸ Realitetskravet i sktl.§ 10-64 b er av en slik karakter at den kan tolkes innskrenkende slik at kun rent kunstige arrangementer omfattes.

5.2 Kommer det ulovfestede presumsjonsprinsippet til anvendelse?

Spørsmålet er om presumsjonsprinsippet kommer til anvendelse vedrørende tolkningen av sktl. § 10-64 b.

¹⁰⁷ Sejersted m. flere, EØS rett 2. utgave side. 246

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 79 (1991-1992) side 4

Presumsjonsprinsippet har særlig tyngde på EØS-rettens område siden Norge har en særlig lojalitetsplikt i EØS avtalen.¹⁰⁹

I forarbeidene til EØS-loven blir det vurdert hvordan presumsjonsprinsippet stiller seg ved EØS-retten. Utgangspunktet er at prinsippet kommer til anvendelse, men det kan foreligge unntak:

”bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.”¹¹⁰

Lovgiver må etter dette uttrykkelig gjort det klart at presumsjonsprinsippet ikke skal gjelde ved anvendelsen av NOKUS- reglene. Hvis dette er gjort foreligger det et tungt argument for at sktl. § 10-64 b skal forstås etter sin ordlyd.¹¹¹

Det uttales i forarbeidene til sktl. § 10-64 b at ”Dommen (Cadbury Schweppes) lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir likevel relativt klare retningslinjer. Ved at NOKUS- reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene.”¹¹²

Dette viser at Finansdepartementet er av den oppfatning at kriteriene som fremgår av forarbeidene, er i samsvar med den metoden som fremgår av Cadbury Schweppes for å avdekke et kunstig arrangement.¹¹³

Lovgiver har ikke i forarbeidene eller i senere uttalelser problematisert om realitetsvilkåret kan anses å stride med EØS- avtalen. Det kan tilsi at lovgiver ikke er klar over vilkåret kan anses EØS-stridig, eller at lovgiver anser innholdet realitetsvilkåret som fremgår av forarbeidene er forsvarlig fordi EU regelen som har blitt lagd gjennom rettspraksis kan fremstå som uklar.¹¹⁴

¹⁰⁹ Jf. EØS- avtalen artikkel 3

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 79 (1991-1992) side 4

¹¹¹ Rt.1997 s. 580 og Sejersted m. flere, EØS rett 2. utgave side. 244

¹¹² Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt. 14.1.2

¹¹³ Hovland, Øyvind, NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS avtalen, Skatterett 2012 nr. 4 side 321

¹¹⁴ Hovland, Øyvind, NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert” og forholdet til EØS-avtalen, Skatterett 2012 nr. 4. side 325

Finansdepartementet har etter at realitetsvilkåret ble innført i 2007 kommet med flere presiseringer til hvordan realitetsvilkåret skal anvendes. Disse presiseringene har gitt uttrykk for en lempeligere terskel vedrørende realitetsvilkåret. Flere av uttalelsene viser direkte til kilder fra EU- retten.¹¹⁵ Dette taler for lovgiver gjennomgående søker en rettsanvendelse av sktl. § 10-64 b som er i samsvar med praksis fra EU-retten.

Overligningsnemda i saken om Ptmargin Trust¹¹⁶ benyttet seg av presumsjonsprinsippet og tolket lovens ordlyd og forarbeider opp mot Cadbury Schweppes og etableringsretten. Dette tyder på at det foreligger en tendens i praksis å tolke realitetsvilkåret innskrenkende.

Det er enighet i teorien om sktl. §10-64 b må tolkes opp mot praksis fra EU domstolen. Folkvord skriver i sin artikkel at rettsanvenderen må se hen til EU- domstolen sine avgjørelser ved vurderingen av realitetsvilkåret. Den ulike ordlyden i sktl. § 10-64 og kunstig arrangement doktrinen trenger dermed ikke å ha stor betydning i praksis.¹¹⁷

Presumsjonsprinsippet kommer etter dette til anvendelse. Dette medfører at sktl. § 10-64 b må vurderes opp mot EØS/EU rettslige kilder og da kunstig arrangement doktrinen i Cadbury Schweppes.

5.3 Holdingselskap X er “reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf sktl. § 10-64 b.

Ordlyd, forarbeider og etterfølgende uttalelser skal dermed leses i samsvar med EU-retten. Dette medfører at holdingselskap ikke kan anses som et ”rent kunstig arrangement” fordi Holdingselskap X var å anse som en etablering etter etableringsretten. Dette medfører at Holdingselskap X kan anses som ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” jf. sktl. § 10-64 b.

¹¹⁵ Se her FIN uttalelse av 27. september 2009 og st. meld 2011 Evaluering av skattereformen 2006 punkt. 9.8.2

¹¹⁶ Utv.2008 s. 360 pkt 2.3.43

¹¹⁷ Folkvord, Benn, Hvilke aksjefond innen EØS omfattes av fritaksmetoden? Skatterett 2010 nr. 2, side 14

6 Konsekvenser:

6.1 Konklusjonens betydning

Denne konklusjonen medfører at NOKUS beskatning ikke er aktuelt for Holdingselskap X. Videre stadfester konklusjonen at holdingselskap kan oppfylle realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b. Konklusjonen og drøftelsen tilsier at det skal mye til for at et holdingselskap ikke oppfyller realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b.

Argumentene og tolkningsmomenter som utledes av norske rettskilder og EU- retten i drøftelsen vil ha betydning ved vurderingen av ulike typer holdingselskaper. Uavhengig om de opptrer i konsern eller ikke.

6.2 Forholdet mellom NOKUS- reglene og fritaksmetoden i sktl. § 2-38

Konklusjonen vil også ha innvirkning på sktl. § 2-38 som regulerer fritaksmetoden. Sktl § 2-38 (3) a regulerer hvilke inntekter fra utenlandske selskap som omfattes av fritaksmetoden. Sktl. § 2-38 (5) regulerer hvilke utenlandske subjekter som kan fritas for kildeskatt. Begge reglene inneholder et nesten identisk realitetsvilkår som vi finner i sktl. § 10-64 b. Det kommer frem av forarbeidene at realitetsvilkåret i fritaksmetoden og NOKUS reglene skal vurderes og tolkes likt.¹¹⁸

Bestemmelsen i sktl. §2-38 (3) og (5) har selvstendig betydning i forhold til NOKUS reglene. NOKUS reglene kun til anvendelse når selskap er ”norsk-kontrollert” jf sktl § 10-60.

Foreligger ikke en slik kontroll over eierandelene vil unntaket fra fritaksmetoden i sktl. § 2-38 (3) og (5) komme til anvendelse ved utbetaling av utbytte fra selskapet i lavskattelandet til norsk aksjonær. Reglene overlapper dermed i stor grad, men det er NOKUS- reglene som i stor grad bekjemper skatteomgåelser i lavskatteland.¹¹⁹

6.3 Kan kravet om at det skal foreligge objektive kriterier medføre omgåelsesmuligheter?

¹¹⁸ Se Ot.prp. nr.1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 1.

¹¹⁹ Zimmer, Fredrik, Bedrift, selskap og skatt side 326.

Objektive kriterier kan gjøre det lett for skattytere å unngå kunstig arrangement doktrinen. Dette fordi man kan skape fiktive kontorer, fiktive ansatte og fiktiv dokumentasjon. Utad kan etableringen anses som reell. Dette skader skattefundamentet hos medlemslandene, og kan gjøre det lettere å omgå nasjonal skattelovgivning.¹²⁰

Resolusjonen fra Europarådet i 2010 ble drøftet i punkt 4.5. I denne resolusjonen gir rådet en ikke uttømmende liste over objektive indikatorer som tilsier at det foreligger kunstig arrangementer. Listen bidro ikke til særskilt mer avklaring enn det som allerede kan utledes av Cadbury Schweppes dommen

Dr Eric Robert skriver i sin artikkel i European Taxation 2011 nr. 11 at resolusjonen fra rådet er vag noe som måtte være forutsigbart for medlemslandene. Skattejurister og ikke minst rådgivere innenfor skatteområdet var klar over at EU ville fortsette å utvikle substanskravet. Dette gjør det enkelt for deres klienter som investerer i utlandet å oppfylle kriteriene som oppstilles.¹²¹

Objektive kriterier kan dermed medføre at omgåelsesmuligheter ved at skattytere konstruerer en selskapsetablering som illojalt oppfyller de objektive kriteriene.

6.4 Betydningen av at det foreligger avtale om informasjonsutveksling med vertsstaten

Imidlertid kommer det frem av sktl. § 10-64 b at deltakeren må ”dokumentere at selskapet” oppfyller realitetskravet og at Norge i ”medhold av skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst kan kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten”.

Norge har i dag informasjonsutvekslingsavtaler med alle EU/EØS stater utenom Liechtenstein.¹²²

Saken mot Ptmargin Trust¹²³ ble klaget til Riksskattenemda som falt ned på at det forelå grunnlag for NOKUS beskatning. Årsaken var at det ikke forelå avtale om informasjonsutveksling med kompetent skattemyndighet i vertstaten Liechtenstein.

¹²⁰ Michelsen, Aage, CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet i EU-retten, skat Udland marts 2008 side, 245

¹²¹ Dr. Robert, Eric, France/European Union, the substance requirement and the future of domestic anti-abuse rules within the internal market, European taxation 2011 no 11, chapter 1.

¹²² Zimmer, Fredrik, Bedrift, selskap og skatt, side 420

¹²³ Utv.2008 s. 360 pkt 2.3.43

Myndighetene i Liechtenstein kunne dermed ikke bekrefte opplysningene som tilsa at trusten var ”reelt etablert og drev reell økonomisk aktivitet” jf. sktl § 10-64 b.

Hva som skal dokumenteres eller hvor mye dokumentasjon som er tilstrekkelig er uklart. Man kan få bekreftet at man betaler arbeidsgiveravgift for lokalt ansatte, men det kan være vanskelig å bevise at de ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner.¹²⁴ Dokumentasjon vil imidlertid sikre at kun reelle holdingselskap faller utenfor NOKUS- reglene.

¹²⁴ Zimmer, Fredrik, Bedrift, selskap og skatt, side 420

7 Skjer det en utvikling i EU-retten som har betydning for CFC- reglene?

7.1 EU i økonomisk krise

EU er i dag i en alvorlig økonomisk krise, og EU organene har de siste årene hatt et økt fokus på bekjempelse av skattesvik og skadelig skattekonkurranse. Det antas at cirka 1000 milliarder euro årlig går tapt som følge av skatteunndragelse.¹²⁵ Det sier seg selv at dette er penger som et vaklende EU i dag er avhengig av. Tapet av skatteinntekter for medlemsstatene må begrenses i stor grad for å sikre en økonomisk bærekraftig fremtid. Etter det som er sagt ovenfor kan man konkludere med at skattekonkurranse er den prisen medlemsstatene må betale for et indre marked.

EU- kommisjonen arbeider med å sikre ensartet CFC- regler som skal motvirke aggressiv skatteplanlegging. Dette kan medføre en innskrenking av det frie markedet.

7.2 EU kommisjonens meddelelse fra desember 2007

Formålet med EU kommisjonens meddelelse fra desember 2007 som er nevnt i pkt. 4.5 var å invitere medlemsstatene til en diskusjon om hvordan nasjonal lovgivning skulle utarbeides for å bekjempe misbruk innenfor den direkte beskatningen. Kommisjonen ga uttrykk for at det forelå et presserende behov for å finne den rette balansen mellom den offentlige interesse i å bekjempe skatteomgåelse og behovet for å unngå uforholdsmessige strenge restriksjoner på grenseoverskridende aktiviteter innenfor EU. Videre ville kommisjonen arbeide for en bedre samordning når det gjaldt CFC- reglene i medlemslandene for å beskytte beskatningsgrunnlaget.¹²⁶

Kommisjonen ga uttrykk for CFC- reglene bør innholde såkalte ”safe harbour” kriterier. Disse kriteriene er beregnet på situasjoner hvor sannsynligheten for misbruk er størst. En slik

¹²⁵ Finansråd Erlingsen, Handlingsplan mot skattesvik og skatteunndragelse publisert 19.12.2012 <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/aktuelt/rapporter/2012/handlingsplan-mot-skattesvik-og-skatteun.html?id=710595>

¹²⁶ COM(2007) 78, Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande.

lovteknikk ville sikre en avbalansert anvendelse av nasjonale bestemmelser som har som formål å bekjempe misbruk. ”Safe harbour” kriterier kan bidra til å sikre skatteborgerens rettsikkerhet og gjør rettsanvendelsen for skattemyndighetene lettere. Siden det fins utallige former for selskapsetableringer kan en slik liste i større grad avdekke et rent kunstig arrangement i motsetning til en generell lovregel.¹²⁷

Det er en utfordring å sikre at disse kriteriene er i stor grad spesifikke slik at de kun omfavner kunstige arrangementer. Skal medlemsstatene utforme disse kriteriene kan det medføre en rekke generelle kriterier som ikke er proporsjonale. Dette skjedde når medlemsstatene endret sine CFC regler etter Cadbury Schweppes.¹²⁸

I Europarådet sin resolusjon fra 2010 konkluderer rådet med at det er nyttig å innføre ”safe harbour” kriterier for å avdekke situasjoner hvor sannsynligheten for misbruk er størst.¹²⁹ Man har ikke enda sett at medlemslandene har tatt til seg denne lovteknikken, men dette kan endres i fremtiden.

For å sikre gode regler for vurdering av holdingselskaper, kan det være på sin plass at EU gir en korrekt definisjon av begrepene postkasseselskap og skjermelskap. Dette vil medføre at alle medlemslandene har en harmonisert oppfatning av hva som klart omfattes av kunstig arrangement doktrinen.

7.3 Innskrenking av kunstig arrangement doktrinen?

Det fins flere eksempler på at medlemsstatene har ønsket enn innskrenking av kunstig arrangement doktrinen som har vært sentral siden Cadbury Schweppes. I EU domstolens avgjørelse *Rewe*¹³⁰ som omhandler fradrag for nedskrivning av aksjer i et utenlandsk holdingselskap, ønsket Tyskland at EU- domstolen skulle lempe på terskelen for hva som var et kunstig arrangement. Tyskland ble ikke hørt med dette, og det ble godtatt fradragsrett.

Dr. Eric Robert konkluderer i sin artikkel med: ”tax advisers should bear in mind that the peak reached in Cadbury Schweppes might already be behind them”. Visse EU- avgjørelser kan

¹²⁷ Henie, Lars a. og Passalcqua , Ana B. Scapa Passalcqua ,The norwegian CFC Rules after the Cadbury Shweppes case, Intertax, volume 36, Issue 8/9 side. 388

¹²⁸ De Broe, Luc, Some Observatins on the 2007 communication from the commission, EC Tax reviw 2008 nr. 3 Side. 145 punkt 4.

¹²⁹ No 2010/C 156/01,Rådets resolution af 8. juni 2010 om koordinering af CFC og reglene om tynd kapitalisering i Den Europæiske Union

¹³⁰ C-347/04, Rewe Zentralfinanz eG v Finanzamt Köln-Mitte. Sml.2007 s. I-02647

tyde på at det nå skjer en endring i praksisen. I Columbus Container¹³¹, Truck Center¹³², X holding¹³³ gir domstolen større oppmerksomhet til medlemsstatens synspunkter og da spesielt deres argumenter i forhold til å sikre skattefundamentet og beskatningsretten.¹³⁴ En slik utvikling kan medføre at kunstig arrangement doktrinen fra Cadbury Schweppes blir innskrenket.

At EU nå i større grad vil fokusere på beskyttelse av skattefundament og bekjempe skattesvik og skatteunndragelse kom tydelig frem når kommisjonen i desember 2012 la frem en ”action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion”.¹³⁵ Handlingsplanen inneholder 31 forslag og initiativ som skal sikre skattefundamentene og minske tapet av skatteinntekter hos medlemsstatene.

Videre kom kommisjonen med en anbefaling som særskilt siktet mot aggressiv skatteplanlegging på området for direkte beskatning. Kommisjonen har utarbeidet en generell skatteomgåelsesregel som det anbefales at medlemsstatenes inkorporerer i nasjonal lovgivning. Denne regelen skal gjelde både for innenlandske og grenseoverskridende situasjoner. Ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen lyder som følger:

»Der skal ses bort fra et kunstigt arrangement eller en kunstig serie arrangementer, som er tilrettelagt med det hovedformål at undgå beskatning, og som medfører en skattefordel. Skattemæssigt skal myndighederne behandle disse arrangementer ud fra deres reelle økonomiske indhold.«

Hva som kan være et arrangement blir presisert i punkt 4.3, det kan være en transaksjon, plan, handling, operasjon, avtale, tildeling, forståelse, løfte, tilsagn eller begivenhet og et arrangement kan omfatte flere deler. Omgåelsesregelen vil dermed favne mer enn selskapsetableringer.

Kommisjonen uttaler også i punkt 4.5 at omgåelsesregelen kan komme til anvendelse uavhengig hvilken subjektiv oppfatning skattyteren har hatt. Videre er det nok at skattemotivet har vært det vesentlige, foreligger det andre motiv bak arrangementet som har liten betydning vil dette ikke ha innvirkning. Det kreves dermed ikke at det eneste motivet

¹³¹ C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co. v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt, Sml. 2007 s. I-10451

¹³² C-282/07, Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA, Sml. 2008 s. I-10767

¹³³ C-337/08, X Holding BV v Staatssecretaris van Financiën. Sml. 2010 s. I-01215

¹³⁴ Dr. Robert, Eric, Luc, France/European Union, The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market, European Taxation 2011 No. 11

¹³⁵ COM(2012) 722 final, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion

bak arrangementet har vært å spare skatt. Denne uttalelsen kan tilsi at det her skjer en lemping av terskelen for at det skal foreligge et kunstig arrangement. I Cadbury Schweppes dommen premiss 63 uttales det at formålet må utelukkende ha vært å unngå skatt jf. ordlyden ”solely to escape that tax”. Hadde selskapet vise egenskaper utover det å spare skatt så var det et sterkt moment for at arrangementet ikke skulle anses som kunstig. I Cadbury Schweppes ble også ordlyden ”wholly artificial” brukt mens kommisjonen nå nøyer seg med å bruke ”artificial” i den anbefalte omgåelsesregelen.

Dette er imidlertid bare anbefalinger fra EU-kommisjonen, medlemsstatene er ikke juridisk bindet til å foreta endringer i skattelovgivningen. Flere medlemsland vil nok imidlertid følge anbefalingen da det vil være positivt for de respektive medlemsland skatteinntekter.

Tendensen i EU tilsier dermed at det skjer en innskrenking av kunstig arrangement doktrinen. Dette vil ha innvirkning vedrørende vurderingen av holdingselskap. Allikevel vil nok ikke disse anbefalingene ha stor innvirkning på NOKUS- reglene før EU- domstolen eventuelt tar stilling til spørsmålet i en konkret sak angående CFC- regler.

7.4 Fremtidsutsiktene for realitetsvilkåret i sktl. § 10-64 b

Det fremgår av Prop. 1 S (2012-2013) at finansdepartementet vil gjennom gå NOKUS- reglene. Det uttales at det er ”mange ulike hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen av NOKUS- reglene, blant annet er det viktig å beskytte det norske skattefundamentet. Reglene skal også bidra til kapitaleksportnøytralitet. Samtidig bør reglene være forenlige med norsk utviklingspolitikk.”¹³⁶

Forpliktelsene Norge har bundet seg til gjennom EØS- avtalen blir ikke nevnt.

Finansdepartementet nevner ikke hensynet om å bekjempe skatteomgåelse som faktisk anses som et tvingende allment hensyn etter EU-retten. Hva denne gjennomgangen vil medføre av resultat er for tidlig å si. Uttalelsen kan tyde på at Finansdepartementet har for lite fokus på praksisen fra EU- domstolen og anbefalingene fra EU- kommisjonen.

¹³⁶Prop. 1 S (2012-2013) s. 45

8 Litteraturliste

Litteratur:

Carlsen, Knut Morten. Bedriftsbeskatning i praksis, sentralskattekontoret for storbedrifter. 4. utgave. Moss, 2012.

Zimmer, Fredrik og BA-HR. Bedrift, selskap og skatt. 5. utgave. Oslo, 2010

Zimmer, Fredrik, Lærebok i skatterett, 6. utgave. Oslo, 2009

Gjems-Onstad, Ole. Norsk bedriftsskatterett. 7. utgave. Oslo, 2008

Craig, Paul, Gráinne de Búrca . EU Law, Text, Cases and Materials (4th ed. ed.). 2007
Oxford, New York

Bullen, Andreas. EU, EØS og skatt – De fire friheter og direkte beskatning. 1. utgave. 2005

Sejerstad, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad. EØS-rett. 2. utgave. Oslo, 2003.

Artikler:

Brænd, Solfrid. Reelle selskapsetableringer. Skatterett 2012 nr. 1

Dr. Robert, Eric, France/European Union -The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market. European Taxation 2011 No. 11.

Folkvord, Benn, Hvilke aksjefond innen EØS omfattes av fritaksmetoden? Skatterett 2010 nr. 2

De Broe, Luc, Some Observatins on the 2007 communication from the commission. EC Tax reviw 2008 nr. 3

Lauritzen Jourdan, Suzanne, Substance requirement in anti-tax-avoidance legislation – The end of tax planning with holding companies? Recht/Steuern nr 3/2009

Rønfeldt, Thomas, Action Against Capital Funds the Danish Rules on CFC Taxation and Thin Capitalization are Inadequate. Intertax, volume 37 issue 1.

Follestad, Birgitta Glad, Er NOKUS reglene kompatible med EØS avtalen. Skatterett 2006 nr. 1

Hovland, Øyvind, NOKUS reglene og fritaksmetodens krav til ”reelt etablert og forholdet til EØS avtalen. Skatterett 2012 nr. 4

Michelsen, Aage, CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet I EU-retten. Skat Udland marts 2008

Bullen, Andreas, EF domstolens dom i Cadbury Schweppes: en spiker i kisten for NOKUS beskatning i EØS. Revisjon og regnskap nr. 7 2006.

Farstad, Snorre, Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? Skatterett 2010 nr. 2

O`Shea, Tom, The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation? EC Tax Review 2007/1

Henie, Lars a. og Passalcqua , Ana B. Scapa, The Norwegian CFC rules after the Cadbury Schweppes case. Intertax volume 36, Issue 8/9

Høyland, Njaal Arne, Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet. Revisjon og regnskap 2008 nr. 8

Lover:

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45

1992 EØS- loven av 27.november 1992 nr. 109

Forarbeider:

NOU 2009: 4 - Tiltak mot skatteunndragelser

Ot.prp.nr.1 (2007-2008) - Skatte- og avgiftsopplegget 2008 - lovendringer

Ot.prp. nr 1 (2004-2005) - Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer

Ot.prp.nr. 79 (1991-1992)- Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv

Stortingsproposisjoner:

St.prp. nr 100 (1991-92)

Prop. 1 S (2012-2013)

Uttalelser fra finansdepartementet:

St. Meld. 11 (2010 – 2011), Evaluering av skattereformen 2006

Finansdepartementets uttalelse av 27. september 2009 - Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden

Norsk rettspraksis:

Rt. 2007 s. 209

Rt.2006 s. 1232

Rt. 2001 s. 1444

Rt.1997 s. 580

Rt. 1992 s. 1263

Rt. 1987 s. 729

EU-domstolens avgjørelser:

C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co. v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt,
Sml. 2007 s. I-10451

C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), Sml. 1998 S. I-04695

C-80/94, G. H. E. J. Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen, Sml. 1995 S. I-02493

C-282/07, Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA, Sml. 2008 s. I-10767

C-337/08, X Holding BV v Staatssecretaris van Financiën. Sml. 2010 s. I-01215

C-347/04, Rewe Zentralfinanz eG v Finanzamt Köln-Mitte. Sml. 2007 s. I-02647

C-196/04 Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Sml. 2006 s. I-07995

C-484/93, Peter Svensson, Lena Svensson v. Ministre du Logement, Sml. 1995 s. I-03955

C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, Sml. 2003 s. I-10155

C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v Directeur général des impôts and Ministère public, Sml. 2007 s. I-08251

C-221/89, Factorame Ltd mot the queen mod secretary of state for transport, Sml. 1991 s. I-03905

C-79/85 D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen. Sml. 1986 s. I-02375

C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Sml. 1999 S. I-01459

C-56/96 VT4 Ltd mod Vlaamse Gemeenschap, Sml. 1997 S. I-03143

C-303/07, Proceedings brought by Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, Sml. 2009 S. I-05145

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger fremsat den 2. maj 2006. Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue. Sag C-196/04. Sml. 2006 s. I-07995

Ligningspraksis:

Utv.2008 s.253

Utv. 2009 s. 1280

Utv. 2008 s. 360

Utv. 2009 s. 363

BFU 6/11. Avgitt 10. mars 2011

Upublisert avgjørelse av 21. Februar 2008 fra sentralskattekontoret for storbedrifter

Internasjonale kilder:

Se HM Revenue and Customs, Draft Guidance “changes to Controlled Foreign Company Rules” para 17-22

Franske dommer:

Supreme Administrative Court, 8 October 2010 No. 301934 *Bazire*

Supreme Administrative Court, 11 February 2011 No. 314950 *Picoix*

Meddelser fra kommisjonen:

COM(2012) 722, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, Bruxelles 6.12.2012,

COM(2007) 78, Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning – i EU og i relation til tredjelande, Bruxelles 10.12.2007

Resolusjoner fra Europarådet:

No 2010/C 156/01, Rådets resolution af 8. juni 2010 om koordinering af CFC og reglene om tynd kapitalisering i Den Europæiske Union

Upublicerte masteroppgaver:

Skatterettslige spørsmål vedrørende Private Equity Fond, Upublicert masteroppgave, høsten 2012 Universitetet i Oslo

Internett:

Finansråd Erlingsen, Handlingsplan mot skattesvik og skatteunndragelse publisert 19.12.2012: <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/aktuelt/rapporter/2012/handlingsplan-mot-skattesvik-og-skatteun.html?id=710595>

Ligningsavgjørelse skatterådet i Danmark: CFC-beskatning for personaktionær og selskabsaktionær i cypriotisk selskab, avsagt 20 mai 2008:

<https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oID=1757991>

<http://www.businessdictionary.com/definition/operating-activities.html#ixzz2U0tYQGgW>

<http://www.businessdictionary.com/definition/commercial-risk.html>